



Sesión de Consejo Directivo No. 140-2004-CD

A las nueve horas del día 26 de abril del año dos mil cuatro, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron en sesión ordinaria los miembros del Consejo Directivo señores: Mario Arbulú Miranda, Javier Illescas Mucha y José Moquillaza Risco bajo la presidencia del señor Alejandro Chang Chiang.

Asimismo, asistieron el señor Jorge Alfaro Martijena, Gerente General y el señor Félix Vasi Zevallos, Gerente de Asesoría Legal, quien actuó como Secretario de Actas.

I. DESPACHO

Se dió lectura y se aprobó el proyecto de Acta correspondiente a la Sesión N° 139-2004-CD del 13 de abril de 2004.

II. INFORMES

1. Del Presidente

1.1 Reunión con los representantes de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) con relación a la Faja Transportadora de Minerales para brindar el servicio de embarque de concentrados de minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao.

El Señor Chang puso en conocimiento de los miembros del Consejo Directivo, la reunión que se llevó a cabo con los representantes de la Autoridad Portuaria Nacional, el día jueves 22 de abril del presente año, en las instalaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

El señor Chang agregó que por parte de OSITRAN asistieron los señores Félix Vasi y Lincoln Flor y el señor Alfredo Bullard en calidad de invitado.

Asimismo, señaló que el Dr. Vasi hizo una breve exposición relacionada únicamente a los temas de la Faja Transportadora de Minerales para brindar el servicio de embarque de concentrados de minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao, y que al finalizar la exposición, y luego de absolver las inquietudes de los participantes, el señor Guerola solicitó que se le envíe una copia de las Bases para la Subasta Pública para brindar el servicio de embarque de concentrados de minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao, que apruebe OSITRAN.

Los Directores tomaron conocimiento.

1.2 Reunión con los postores de la Subasta Pública para la Faja Transportadora de Minerales.

El Presidente puso en conocimiento de los señores Directores sobre la reunión llevada a cabo el día miércoles 21 de abril del presente año en las Oficinas de OSITRAN, con la presencia de los interesados: Glencore, CORMIN, NEPTUNIA, y ECO CALLAO en la Subasta Pública para la Faja Transportadora de Minerales.

Señaló que a esta reunión concurrieron todos los interesados, así como el representante de la SNMPE y el Alcalde de la Provincia Constitucional del Callao, señor Alexander Kouri Bumachar, en tanto que mencionó que no concurrieron los representantes de ENAPU S.A.

El señor Chang manifestó que en dicha reunión se discutieron los alcances del proyecto de Bases de la Subasta Pública y se recogieron las inquietudes y observaciones de los asistentes.

Los Directores tomaron conocimiento.

1.3 Carta N° OSITRAN 56-2004/UR&A-CA sobre Comunicación de hallazgos de Auditoría.

El Presidente puso en conocimiento de los señores Directores sobre la Carta N° OSITRAN 56-2004/UR&A-CA sobre Comunicación de hallazgos de Auditoría, remitida por los Auditores Externos y referidas al Consejo Directivo y a la Presidencia del Consejo Directivo.

El Presidente informó que ha puesto en conocimiento del Consejo Directivo dicho hallazgo en virtud de que la reestructuración de OSITRAN fue aprobada mediante Acuerdo N° 285-92-02-CD-OSITRAN del 23 de mayo de 2002, y que dicho hallazgo considera que el Área de Informática no debería depender orgánicamente de la Gerencia de Administración y Finanzas como es actualmente, sino que debe depender de la Alta Dirección.

Al respecto, el señor Chang manifestó que este hallazgo no era aplicable por cuanto lo señalado en el inciso b) del numeral 5.8 de la Directiva N° 010-95-INEI/SJI establece que "El Centro de Cómputo dependerá orgánicamente de la Alta Dirección de la Institución y ocupará el mismo rango de una oficina de apoyo", es únicamente una recomendación; y, además, ello carece de objeto en una Institución tan pequeña como OSITRAN.



En relación a la aprobación del Plan de Sistemas, informo que el hallazgo corresponde a la responsabilidad de la Presidencia del Consejo Directivo y no al Consejo Directivo. Sobre este asunto manifestó que los Auditores Externos cometen un error al manifestar que la Resolución de Presidencia aprobó un trabajo elaborado hace 18 meses por un consultor, cuando en realidad la Presidencia aprueba un documento elaborado por la Gerencia de Administración y Finanzas. Por tanto, los Auditores Externos confunden un trabajo elaborado y aprobado conforme a los Términos de Referencia contratado con otro trabajo elaborado por la Institución.

Los Directores tomaron conocimiento.

1.4 Encargatura de la Presidencia del Consejo Directivo.

Fuera de agenda, el Señor Chang puso en conocimiento de los Directores que dado que él participará en el Taller Regional sobre Ferrocarriles organizado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) en la ciudad de Caracas, Venezuela entre los días 27 al 30 de abril del año en curso, se requiere encargar la Presidencia del Consejo Directivo al señor Mario Arbulú Miranda, Vicepresidente del Consejo Directivo durante los días que dure su ausencia.

Pasó a orden del día.

2. Gerente General

2.1 Aprobación de las Bases para la Subasta Pública para la Faja Transportadora de Minerales.

El Gerente General presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 118-04-GS-C2-OSITRAN y entregó en el momento de la sesión la versión final del proyecto de las Bases para la Subasta Pública para prestar el Servicio de Embarque de Concentrados de Minerales por el Muelle No. 5 del Terminal Portuario del Callao, la cual contiene cambios en relación al proyecto de Bases que se acompañó en la Agenda de la presente Sesión.

Al respecto, el señor Alfaro precisó que el proyecto de Bases que estaba haciendo entrega a los Directores era la Tercera Versión, por cuanto la Segunda Versión era la que se acompañó en la Agenda y la Primera Versión es la que se entregó en la Sesión N° 139-2004-CD de fecha 13 de abril del presente año, para que los Directores dieran sus aportes a la primera versión presentada.



Posteriormente, se invitó a los señores Wilder Pereyra, Gerente de Supervisión, Roberto Urrunaga, Gerente de Regulación y Fernando Llanos, Profesional de la Gerencia de Supervisión a fin de que expliquen los alcances de las Bases de la Subasta Pública y que absuelvan las inquietudes de los señores Directores.

Después de un amplio debate entre los señores Directores, y en relación a los siguientes temas, se decidió lo señalado a continuación:

i) Prórroga del Contrato de Acceso.-

El proyecto de Bases establece en el numeral 1.8 una prórroga quinquenal del Contrato con la idea de poder ir evaluando periódicamente el comportamiento de quien brinde el servicio de embarque de concentrados de minerales a través de la faja transportadora.

Respecto de este punto, los Directores convinieron que la evaluación quinquenal dificultaba la evaluación del proyecto por lo que decidieron no incluirlo en el proyecto de Bases de la Subasta Pública.

ii) Ley N° 27661.-

El señor Arbulú dijo que si bien en el proyecto de Bases se menciona a la Ley N° 27661 como norma aplicable, señaló que la misma no estaba claramente contenida en el proyecto de Bases por lo que sugirió que se agregue en el numeral 5.4 del proyecto de Bases y en la Cláusula 8 del proyecto de Contrato. Los demás Directores manifestaron su conformidad.

iii) Garantías.-

Los Directores señalaron que respecto a este tema en el proyecto de Bases, existe cierta incongruencia sobre los montos indicados como garantías toda vez que no guardan concordancia entre ellos, por lo que el Presidente propuso que el monto de la Garantía de Seriedad de Propuesta se mantenga en cien mil dólares americano, además que la Garantía de Ejecución de Obra se establezca en un 1% de la Propuesta, en tanto que la Garantía de Fiel Cumplimiento sea el equivalente al 2% de la Propuesta del Postor.

Esta propuesta fue aceptada por los demás Directores.



iv) Resolución Unilateral.-

El proyecto de Bases prevé que en caso de resolución unilateral por parte de ENAPU, éste deberá pagar al ganador de la Subasta Pública una indemnización por daños y perjuicios y lucro cesante. En ese sentido, los Directores propusieron que sólo se pague el saldo por depreciar del valor del proyecto.

A continuación, se debatió el proyecto de Resolución de Consejo Directivo al cual se le hicieron las siguientes modificaciones:

Los Directores acordaron que se deberá señalar que la Resolución de Consejo Directivo y las Bases para la Subasta Pública deberán notificarse a la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU S.A.) y a la Municipalidad Provincial del Callao; en tanto que la Resolución de Consejo Directivo se notificará al Consorcio Minero S.A. (CORMIN) y a la Sociedad de Minería, Energía, y Petróleo, por lo que se deberá modificar el proyecto de resolución en ese sentido.

v) Propiedad a la Infraestructura.-

En el proyecto de Bases se considera que al concluir la vigencia del contrato de acceso correspondiente, la propiedad de la infraestructura resultante de la inversión y los equipos fijos indispensables para la operación del sistema de transporte de concentrados de minerales mediante faja, ubicados dentro del recinto portuario, serán transferidos a ENAPU a título gratuito y sin costo alguno, con lo cual los señores Illescas y Chang estuvieron de acuerdo. Además el señor Illescas manifestó que este esquema tendría un impacto favorable en la reducción de tarifas.

Por su parte, los señores Arbulú y Moquillaza propusieron, respecto a este tema, que el proyecto de Bases deberá considerar no sólo la propiedad de la infraestructura y de los equipos fijos indispensables para la operación del sistema de transporte de concentrados de minerales, sino también la propiedad de los equipos móviles de igual finalidad que se encuentran dentro del recinto portuario, considerando que el valor de estos activos habría sido recuperado vía depreciación acumulada.

vi) Solución de Controversias.-

Con relación al tema de Solución de Controversias, se mencionó que a diferencia de la 1º Versión del proyecto de Bases en la cual se señaló que en caso que surjan controversias entre ENAPU y el USUARIO INTERMEDIO en cuanto a las obligaciones y derechos contenidos en el modelo de Contrato, se deberá proceder conforme



a lo establecido en el Capítulo III del Título III, del Reglamento para la Solución de Reclamos y Controversias emitido por OSITRAN, la versión entregada del referido proyecto prevé la solución de controversias mediante un Proceso de Arbitraje de Derecho de un Tribunal Arbitral.

Los Directores manifestaron que deberá considerarse la primera propuesta referida a que la Solución de Controversias se someta a lo previsto en el Capítulo III del Título III del Reglamento para la Solución de Reclamos y Controversias emitido por OSITRAN, es decir, que será de competencia del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN.

Paso a Orden del Día.

2.2 Aprobación del Informe Técnico Legal N° 001-04-OSITRAN sobre la Solicitud de excepción de subasta para el arrendamiento de las oficinas de Líneas Aéreas, presentada por Lima Airport Partners S.R.L.

La Administración presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe Técnico Legal N° 001-04-OSITRAN que analiza las implicancias de la solicitud presentada por LAP, con relación a la aplicación del marco regulatorio del acceso a infraestructura de transporte de uso público a cargo de OSITRAN.

Se invitó al Dr. Félix Vasi, quien explicó los alcances del Informe concluyendo que OSITRAN debería recomendar al ente Concedente a que evalúe la conveniencia de otorgar a LAP una excepción temporal del cumplimiento de la obligación de ejecutar la subasta a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del Contrato de Concesión, sometiéndose durante todo el período que dure la excepción a la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) en lo que corresponda a la asignación de Facilidades Esenciales aeroportuarias para líneas aéreas en el AIJCH.

Al respecto, el señor José Moquillaza señaló que el mandato asignado a OSITRAN por la Ley Marco de Organismos Reguladores y sus normas complementarias es supervisar y fiscalizar el cabal cumplimiento de los diversos Contratos de Concesión en transporte emitiendo opinión técnica sobre aspectos sustanciales; por lo que no es rol del regulador recomendar a solicitud de parte el incumplimiento del contrato. Asimismo, añadió, la modificación de la obligatoriedad de cumplimiento contractual podría ser invocada por otros concesionarios



en razón del principio del trato igualitario, pudiéndose generar un riesgo sistémico.

Asimismo, agregó que las razones operativas del concesionario y la naturaleza de contrato público del vínculo hacen posible y necesario que Concedente y Concesionario se pongan de acuerdo en su conveniencia y soliciten la excepción temporal reservando para OSITRAN la emisión de opinión técnica a solicitud de las partes.

Por su parte, los señores Arbulú e Illescas coincidieron con el señor Moquillaza por las razones señaladas, sin embargo señalaron que estaban seguros que el concedente evaluaría favorablemente la solicitud de LAP en tanto era coherente y expeditiva.

El Ingeniero Chang manifestó su desacuerdo con el procedimiento propuesto dado que se estaba respetando el Contrato de Concesión, porque si era una aprobación de fuerza mayor no requería de la participación del MTC y sólo requería la autorización de OSITRAN; por tanto, como no es el caso, consideraba que estaba de acuerdo con otorgar la excepción pero ésta requería de la autorización del MTC.

Pasó a Orden del Día.

II. ORDEN DEL DIA

1. **Aprobación de las Bases para la Subasta Pública para prestar el Servicio de Embarque de Concentrados de Minerales por el Muelle No. 5 del Terminal Portuario del Callao.**

ACUERDO No. 460-140-04-CD-OSITRAN

Visto el Informe N° 118-04-GS-C2-OSITRAN y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo, y según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en virtud del artículo 40° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público vigente a la fecha, acordaron:

a. Por unanimidad:

- i) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprueba las Bases para la Subasta Pública referida a la prestación del Servicio Esencial de Embarque de Concentrados de Minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao, mediante la construcción, instalación, operación, mantenimiento y utilización de una Faja de Transporte.



- ii) Remitir a ENAPU S.A. el Informe N° 118-04-GS-C2-OSITRAN.
- iii) Aprobar el Proyecto de Bases para la Subasta Pública referida a la prestación del Servicio Esencial de Embarque de Concentrados de Minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao incluyendo las modificaciones propuestas por los Señores Directores señaladas en la parte pertinente del Acta.

b. Por mayoría, con el voto a favor del señor llescas y el voto dirimente en su condición de Presidente del señor Chang, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 51° del Reglamento General de OSITRAN acordaron, con relación al tema "Transferencia de propiedad de la infraestructura a desarrollar" del proyecto de Bases para la Subasta Pública referida a la prestación del Servicio Esencial de Embarque de Concentrados de Minerales por el Muelle N° 5 del Terminal Portuario del Callao, que dicha transferencia se limitará a la propiedad de la infraestructura ubicada dentro del recinto portuario y a los equipos fijos indispensables para la operación de la faja transportadora, por las razones señaladas en la parte pertinente del acta.

Con el voto en contra de los señores Arbulú y Moquillaza; en relación al tema referido en el párrafo anterior, consideraron que la permanencia de los equipos móviles se justificaría porque su valor de reposición estaría pagado vía depreciación acumulada.

c. Las Bases aprobadas son un documento preliminar, sujeto a los aportes que pudiesen realizar, tanto ENAPU como los postores del proceso de selección, por lo que dichas Bases estarán sujetas a revisión posterior lo que ameritará un nuevo Acuerdo de Consejo Directivo.

2. Desaprobación del Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN sobre la Solicitud de excepción de subasta para el arrendamiento de las oficinas de Líneas Aéreas, presentada por Lima Airport Partners S.R.L.

ACUERDO No. 461-140-04-CD-OSITRAN

Vista la Solicitud de Lima Airport Partners S.R.L. de fecha 03 de marzo de 2004 y el Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN elaborado por las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal; y, Considerando:



Que, el Contrato de Concesión del AIJCH suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú (Concedente) y Lima Airport Partners (Concesionario) es un contrato público con fuerza de ley, el segundo párrafo de la conclusión N° 01 del Informe Técnico Legal No 001-04-OSITRAN es contundente al señalar que "OSITRAN no tiene facultades legales para autorizar a LAP a que no ejecute la obligación contractual contenida en el numeral 2.1. del Contrato de Concesión del AIJCH el cual establece expresamente la *obligación de llevar a cabo una subasta al mejor postor en cualquier circunstancia*".

Que, de acuerdo al principio de jerarquía de la norma las leyes prevalecen sobre los reglamentos, éstos se aplicarían supletoriamente sólo en caso de vacío contractual en el contrato ley y en normas de igual jerarquía, en este caso el Contrato de Concesión es explícito al respecto y no existe vacío legal; la misma conclusión N° 01 del Informe Técnico Legal N° 001-04-OSITRAN omite jerarquizar el Contrato de Concesión en relación al Reglamento Marco de Acceso y la conclusión N° 02 "se motiva en los planes de desarrollo de una de la partes".

Que, sin una recomendación clara el Informe Técnico Legal N° 001-04-OSITRAN el Consejo Directivo estaría excediéndose en sus atribuciones al recomendar la supletoriedad de una norma inferior sobre un contrato ley claro y preciso.

Que, el mandato asignado a OSITRAN por la Ley Marco de Organismos Reguladores y sus normas complementarias es para supervisar y fiscalizar el cabal cumplimiento de los diversos Contratos de Concesión en transporte emitiendo opinión técnica sobre aspectos sustanciales, *no es rol del regulador recomendar a solicitud de parte el incumplimiento del contrato*; asimismo, la modificación de la obligatoriedad de cumplimiento contractual podría ser invocada por otros concesionarios invocando el principio del trato igualitario generándose un riesgo sistémico.

Que, el Consejo Directivo de OSITRAN como órgano máximo tiene inclusive la facultad de interpretar las cláusulas en las que existiese dudas, sin embargo el contrato es claro en precisar que sólo es posible la autorización de la suspensión temporal de la ejecución de una obligación contractual siempre que la empresa concesionaria cumpla con acreditar la existencia de un evento de fuerza mayor (force majeure) de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 13° del Contrato de Concesión.

Que, las razones operativas del concesionario y la naturaleza de contrato público del vínculo hacen posible y necesario que



Concedente y Concesionario se pongan de acuerdo en su conveniencia y soliciten la excepción temporal reservando para OSITRAN la emisión de opinión técnica a solicitud de las partes.

El Consejo Directivo, en virtud de sus funciones asignadas mediante Ley N° 26917, con los votos de los señores Arbulú, Illescas y Moquillaza, se acordó por mayoría, con el voto en contra del señor Chang:

- a. Desaprobar el Informe Técnico Legal N° 001-04-GAL-OSITRAN que emite opinión técnica sobre la solicitud presentada por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) para otorgarle una excepción temporal del cumplimiento de la obligación de ejecutar la subasta, a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del Contrato de Concesión.
- b. No otorgar una excepción temporal del cumplimiento de la obligación de ejecutar la subasta, a que se refiere el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del Contrato de Concesión, en virtud de que OSITRAN no tiene facultades legales para autorizar a LAP a que no ejecute la obligación contractual.

El señor Chang votó a favor de aprobar el informe Técnico Legal N° 001-04-OSITRAN motivando su decisión en lo siguiente:

- i. De acuerdo al inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley 26917 que establece que es función de OSITRAN "emitir opinión técnica sobre procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión, en cuyo caso de ser procedente elaborará el informe técnico y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones."
- ii. En mi opinión, la excepción es un concepto más restringido que la renegociación o revisión de contrato y por tanto si el concesionario lo solicita al OSITRAN no es necesario esperar que el MTC lo pida para que recién OSITRAN tramite su opinión técnica. En efecto considero que la norma precitada obliga a dar trámite a la solicitud del concesionario sin que el MTC previamente lo pida.
- iii. Por tanto considero que denegar la solicitud de excepción para que lo solicite el MTC en forma previa, equivale a un exceso burocrático que contraviene los principios de economía procesal y celeridad contenidos en el numeral 1.9 del artículo IV de la Ley del Procedimientos Administrativo General, que establece que: "quienes participen en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima



dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempos razonables, sin que ello reñe a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento."

- iv. Cabe resaltar que dar una opinión técnica sobre una excepción no resulta vinculante para el MTC y por ejemplo si OSITRAN opina denegar la excepción, el MTC podría proceder a concederla y viceversa.
- v. Finalmente considero conveniente recomendar al Concedente, que evalúe otorgar temporalmente una excepción a Lima Airport Partners S.R.L., respecto al cumplimiento de la obligación de efectuar una subasta al mejor postor, para seleccionar la asignación de facilidades esenciales para aerolíneas, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 2.1. del Anexo N° 5 del Contrato de Concesión.

3. Encargatura de la Presidencia del Consejo Directivo por viaje del Presidente

ACUERDO No. 462-140- 04-CD-OSITRAN

Visto el informe del Presidente del Consejo Directivo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 52° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM y el Acuerdo N° 444-137-04-CD-OSITRAN; el Consejo Directivo acordó por unanimidad:

- a. Encargar la Presidencia del Consejo Directivo al señor Mario Arbulú Miranda, Vicepresidente del Consejo Directivo, con todas las facultades ejecutivas, de dirección y de representación de la institución, durante el período comprendido entre el 27 y el 30 de abril del año en curso, por ausencia del Titular.
- b. Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

Siendo las catorce horas, el señor Presidente del Consejo Directivo procedió a suspender la Sesión por lo avanzado de la hora, convocando su continuación para el día jueves 06 de mayo de 2004 a las trece horas.

A las trece horas del día 06 de mayo del año dos mil cuatro, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron para continuar la Sesión N° 140-2004-CD que fuera



suspendida el día 26 de abril del presente año, los miembros del Consejo Directivo señores: Mario Arbulú Miranda, Javier Illescas Mucha y José Moquillaza Risco bajo la presidencia del señor Alejandro Chang Chiang.

Asimismo, asistieron el Jorge Alfaro Martijena, Gerente General, y el señor Félix Vasi Zevallos, Gerente de Asesoría Legal, quien actuó como Secretario de Actas.

Acto seguido se procedió a la revisión de las Actas de las Sesiones N° 138-2004-CD y N° 139-2004-CD a fin de que puedan ser visadas por los señores Directores.

I. INFORMES

1. Del Presidente

1.5 Exposición del señor Jorge Alfaro Martijena, Gerente General en el Foro "Los Organismos Reguladores: Agenda 2004-2006".

Visto el Oficio N° 631-2004-MTC/02 de fecha 04 de mayo de 2004 y según lo informado por el Presidente, los Directores solicitaron pasar a sesión reservada.

Los Directores debatieron acerca de la intervención del Gerente General, señor Jorge Alfaro en el Foro "Los Organismos Reguladores: Agenda 2004-2005", organizado por PROCAPITALES el 28 de abril del presente año. Al respecto, al no haber sido autorizadas algunas de sus expresiones ni por el Presidente ni por el Consejo Directivo y asimismo no representar la posición institucional del OSITRAN, el Consejo Directivo ha considerado este exceso como falta grave y ha visto conveniente imponerle una sanción.

Pasó a orden del día.

II. ORDEN DEL DIA

4. Exposición del señor Jorge Alfaro Martijena, Gerente General en el Foro "Los Organismos Reguladores: Agenda 2004- 2005".

ACUERDO No. 463-140-04-CD-OSITRAN

Visto el Oficio N° 631-2004-MTC/02 del 04 de mayo de 2004 y según lo informado por el Presidente, el Consejo Directivo en virtud de sus funciones asignadas mediante Ley N° 26917:



- a. Determinó que las expresiones vertidas por el señor Jorge Alfaro Martijena, Gerente General, con ocasión de su exposición como representante del OSITRAN en el Foro "Los Organismos Reguladores: Agenda 2004-2005" organizado por PROCAPITALES el 28 de abril de 2004, no representan de ningún modo ni forma la posición institucional del OSITRAN, por lo que constituye falta grave.
- b. El señor Arbulú manifestó su decisión de retirarle la confianza al señor Alfaro por lo indicado en el punto precedente.
- c. Acordó por mayoría con los votos a favor de los señores Chang, Illescas y Moquillaza y el voto en contra del señor Arbulú, suspender por el plazo de treinta (30) días sin goce de haber a partir del 07 de mayo de 2004 al señor Jorge Alfaro Martijena en sus funciones como Gerente General.
- d. Resolvió encargar la Gerencia General al señor Roberto Urrunaga Pascó – Font durante el periodo de suspensión del titular.
- e. Acordó comunicar el presente Acuerdo a la Gerencia de Administración y Finanzas para los fines convenientes a que hubiere lugar.
- f. Dispensar el presente Acuerdo de lectura y posterior aprobación del Acta.

Siendo las dieciocho horas, el señor Presidente del Consejo Directivo procedió a suspender la Sesión por lo avanzado de la hora, convocando su continuación para el día martes 11 de mayo de 2004 a las 09:00 horas.

A las nueve horas del día 11 de mayo del año dos mil cuatro, en las oficinas de OSITRAN, se reunieron para continuar la Sesión N° 140-2004-CD que fuera suspendida el día 06 de mayo del presente año, los miembros del Consejo Directivo señores: Mario Arbulú Miranda, Javier Illescas Mucha y José Moquillaza, bajo la presidencia del señor Alejandro Chang Chiang.

Asimismo, asistieron el señor Roberto Urrunaga Pascó-Font, Gerente General (e), y el señor Félix Vasi Zevallos, Gerente de Asesoría Legal, quien actuó como Secretario de Actas.

I. INFORMES

2. Del Gerente General

2.3 Aprobación del Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN sobre la interpretación de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión suscrito con NORVIAL S.A. referido a la definición de Vehículos Ligeros y Pesados.

El Gerente General (e) presentó, para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y de Asesoría Legal y que se pronuncia por la Solicitud de interpretación de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión con NORVIAL S.A. , referida a los conceptos de "vehículo ligero" y "vehículo pesado" y el régimen tarifario aplicable para cada tipo de vehículo.

Al respecto, el Gerente General (e) señaló que el informe concluye recomendando que deberán considerarse vehículos ligeros los vehículos correspondientes a las categorías M1, M2 y N1 del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC) y a los vehículos pesados los correspondientes a las categorías M3, N2 y N3 de la citada norma.

Pasó a Orden del Día.

2.4 Informe de Actividades de las Gerencias de Supervisión, Regulación y de Asesoría Legal relativos al mes de marzo.

La Gerencia General (e) presentó para conocimiento del Consejo Directivo, los informes de actividades del mes de marzo de 2004 de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal.

Al respecto, los Directores se comprometieron a comunicar sus inquietudes respecto a los informes de actividades de las gerencias, en la próxima Sesión del Consejo Directivo.

El señor Moquillaza solicitó que se le proporcione la Adenda al Contrato con CPS-VCHI, señalada en el Informe de actividades de la Gerencia de Supervisión.

Los Directores tomaron conocimiento.

2.5 Informe de Seguimiento de las Recomendaciones de Auditoría.

La Gerencia General presentó para conocimiento del Consejo Directivo, y atendiendo al pedido del señor Moquillaza en la Sesión N° 133-2004-CD de fecha 15 de enero de 2004, el Informe N° 02-2004-2-4732/OCI-



OSITRAN referido a las acciones que se vienen tomando para implementar las recomendaciones de Auditoría Interna y Externa.

Sobre el particular, el señor Moquillaza señaló que el Informe de Auditoría Externa es de fecha 15 de abril de 2003 y que fue revisado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 121-2003-CD del 13 de agosto de 2003, habiéndose incluido a la Administración para implementar las medidas del caso. Sin embargo, las fechas de implementación de las medidas correctivas son del mes de marzo de 2004, por lo que se invitó al señor César López, Auditor Interno de OSITRAN, a que explique la presente situación.

Al respecto, el señor López señaló que la Oficina de Control Interno viene informando periódicamente a la Contraloría General de la República.

Los Directores preguntaron que si esta demora genera alguna responsabilidad en el Consejo Directivo a lo cual el señor López le manifestó que no existe responsabilidad de este órgano colegiado por dicho atraso, y en consecuencia, no amerita una acción de control por parte de la Contraloría General de la República.

Los Directores tomaron conocimiento.

2.6 Informe N° 033-04-GAL-OSITRAN sobre el N° 01-2004-2-4732/OCI-OSITRAN del Órgano de Control Interno sobre la Evaluación del Proceso de Selección de la Empresa Asesora de Seguros.

La Administración presentó, para conocimiento del Consejo Directivo, y a Pedido de los Directores en la Sesión N° 139-2004-CD de fecha 13 de abril del presente año; el Informe N° 033-04-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal que analiza lo señalado por el Órgano de Control Interno en el N° 01-2004-2-4732/OCI-OSITRAN del Órgano de Control Interno sobre la Evaluación del Proceso de Selección de la Empresa Asesora de Seguros.

El Gerente General señaló también que el proceso de selección era de menor cuantía pero en los términos de referencia se mencionaron los mecanismos de un proceso de Adjudicación Directa Selectiva.

Asimismo, agregó que según lo indicado en el Informe no amerita aplicar una sanción a ningún funcionario.

Los Señores Directores expresaron su preocupación por el asunto y solicitaron que se les remita el Informe N° 003-2003-2-4732/OAI-OSITRAN y el Informe emitido por CONSUCODE sobre el punto materia de análisis.



2.7 Relación de seguimientos de Acuerdos y Pedidos de los Señores Directores.

El Gerente General presentó para conocimiento del Consejo Directivo, la relación de Acuerdos adoptados por el Consejo Directivo referidos a las Sesiones realizadas en los meses de marzo y las acciones realizadas para su oportuna ejecución.

Asimismo, el Gerente General presentó para conocimiento del Consejo Directivo, la relación de Pedidos realizados por los Señores Directores relativos a las Sesiones N° 132 a la 139.

Sobre el particular, el señor Moquillaza solicitó que se incluya nuevamente como pendiente su pedido del 19 de marzo de 2003 y reiterado en la Sesión del 15 de enero de 2004 sobre el informe que analice las cláusulas que limitan la metodología de supervisión de inversiones en el AIJCH.

Asimismo, los Directores también solicitaron que el cuadro que se presente en la próxima Sesión del Consejo Directivo sólo se indique los temas pendientes, numerándolos, y se excluya todo aquello que está cumplido.

Los Directores tomaron conocimiento.

II. PEDIDOS DE LOS DIRECTORES:

- El señor Moquillaza solicitó que se le proporcione la Adenda al Contrato con CPS-VCHI, señalada en el Informe de actividades de la Gerencia de Supervisión.
- El señor Arbulú solicitó que se le remita el Informe N° 003-2003-2-4732/OAI-OSITRAN sobre la selección de la Empresa Asesora de Seguros.
- El señor Moquillaza solicitó que se incluya nuevamente como pendiente su pedido del 19 de marzo de 2003 y reiterado en la Sesión del 15 de enero de 2004 sobre el informe que analice las cláusulas que limitan la metodología de supervisión de inversiones en el AIJCH.

III. ORDEN DEL DIA

5. Aprobación del Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN sobre la interpretación de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión suscrito con NORVIAL S.A. referido a la definición de Vehículos Ligeros y Pesados.

ACUERDO N°. 464-140-04-CD-OSITRAN

Visto el Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y de Asesoría Legal y de acuerdo a lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud del literal e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, acordó por unanimidad:

- a. Aprobar el Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN conteniendo el pronunciamiento sobre la Solicitud de interpretación de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión con NORVIAL S.A., referida a los conceptos de "vehículo ligero" y "vehículo pesado".
- b. En consecuencia, interpretar la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión suscrito con la empresa concesionaria NORVIAL S.A., tal como lo indica el Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN, a fin de considerar lo siguiente:

"Deberá considerarse Vehículos ligeros los vehículos correspondientes a las categorías M1, M2 y N1 del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC)".

"Deberá considerarse Vehículos pesados los vehículos correspondientes a las categorías M3, N2 y N3 del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC)".

"Los vehículos no incluidos en las categorías anteriores no están afectos del pago de peaje"

- c. Comunicar el Informe a que se refiere el literal a) y el presente Acuerdo al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a la empresa concesionaria NORVIAL S.A. y PROINVERSION.



d. Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Siendo las doce horas, el señor Presidente del Consejo Directivo dio por terminada la Sesión.

Javier Hlescas Mucha
Director

Mario Arbulú Miranda
Vice Presidente

José Moquillaza Risco
Director

Alejandro Chang Chiang
Presidente



INFORME N° 021-04-GRE-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Roberto Urrunaga Pascó-Font
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Solicitud de interpretación de la cláusula 8.17 del Contrato de
Concesión con Norvial S.A.

Fecha : 19 de abril de 2004

1. OBJETO

El objeto del presente informe es emitir opinión respecto a la solicitud de interpretación de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión de la carretera Ancón-Huacho-Pativilca, formulada por la empresa concesionaria Norvial S.A.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta N° NOR012-04, de 12 de enero de 2004, Norvial S.A. solicita a OSITRAN la interpretación de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, a fin de que definamos (i) el significado de los conceptos "vehículo ligero" y "vehículo pesado" recogidos en dicha cláusula; y, (ii) el régimen tarifario aplicable para cada tipo de vehículo.
- 2.2 La solicitud de interpretación que formula Norvial S.A. a OSITRAN se sustenta en las facultades conferidas a OSITRAN en virtud de lo dispuesto por el Artículo 7.1 de la Ley N° 26917, norma legal que aprueba la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.
- 2.3 Norvial S.A. propone una definición de "vehículo ligero" y "vehículo pesado" sobre la base de la clasificación vehicular recogida en el Anexo I del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC.

Ju

247

ORIGINAL EN EL EXPEDIENTE 15-03/65

- 2.4 El Informe Final (Tomo I) de noviembre de 1998 preparado por BARRIGA – DALL'ORTO S.A. INGENIEROS CONSULTORES que contiene el "Estudio de Demanda de las Redes Viales Nos. 5, 6 y 12" recoge la siguiente tipología vehicular:

TIPOLOGÍA VEHICULAR

Tipo de Vehículo	Nomenclatura
Autos y camionetas	VL
Camiones rurales	CR
Buses de 2 Ejes	B2E
Buses de más de 2 Ejes	B+2E
Camiones de 2 Ejes	C2E
Camiones de 3 Ejes	C3E
Camiones de 4 Ejes	C4E
Camiones de 5 Ejes	C5E
Camiones de 6 Ejes	C6E
Camiones de 7 Ejes	C7E

- 2.5 El "Estudio de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ampliación, Construcción y Conservación de la Autopista Ancón-Huacho-Pativilca" de julio de 1998 elaborado por PROMCEPRI (Comisión de Promoción de Concesiones Privadas) y las empresas consultoras asociadas AYESA y ALPHA CONSULT S.A. establece en la parte correspondiente al Estudio de Conservación y Mantenimiento una clasificación de los tipos de vehículos considerados en el Estudio, de acuerdo al siguiente detalle:

TIPOS DE VEHÍCULOS CONSIDERADOS EN EL ESTUDIO

Vehículos Ligeros	Vehículos Pesados
Automóvil	Autobús ¹
Pick-up	Camión de 2 Ejes
	Camión de 3 Ejes
	Camión de más de 3 y articulados

- 2.6 El 6 de febrero de 2004 Norvial S.A. remite a OSITRAN información acerca del régimen de cobro de peajes en diversos países de la región, tales como Chile, Argentina, Cuba, Costa Rica y Venezuela. De la información que resume la experiencia de dichos países cabe resaltar lo siguiente:

- a) No se ha encontrado alguna referencia a los conceptos "vehículo ligero" ni "vehículo pesado".

¹ De acuerdo al Estudio, el vehículo denominado autobús incluye todos aquellos vehículos dedicados al transporte de pasajeros, como pueden ser los microbuses y omnibuses.

- b) Las motos y motonetas están sujetas al cobro del peaje en función a una tarifa fija.
 - c) Los automóviles y camionetas están sujetos al pago de una tarifa fija.
 - d) Los automóviles y camionetas con remolque están sujetos al pago de una tarifa fija que es ligeramente superior en relación a la tarifa que se cobra a los automóviles y camionetas sin remolque. La tarifa que se cobra a los automóviles y camionetas con remolque es fijada discrecionalmente, esto es, no sigue criterios definidos ni preestablecidos.
 - e) Los omnibuses y camiones están sujetos a una tarifa variable en función al número de ejes.
- 2.7 Mediante Nota N° 028-04-GS-OSITRAN de 19 de febrero de 2004, la Gerencia de Supervisión comunica los resultados de la inspección realizada a las estaciones de peaje de PROVÍAS NACIONAL y EMAPE sobre la modalidad de cobro de peajes.
- 2.8 Oficio N° 320-2004-MTC/20 de fecha 06 de Abril de 2004, de la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional, relativo al cobro del peaje en la Red Nacional a los vehículos ligeros con eje extra.

3. BASE LEGAL

- 3.1 Resolución Directoral N° 143-01-MTC-15.17 del 12 de marzo de 2001: "Manual de Diseño Geométrico de Carreteras DG-2001", expedido por la Dirección General de Caminos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- 3.2 Decreto Supremo N° 058-2003-MTC: Reglamento Nacional de Vehículos, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" del 12 de octubre de 2003.
- 3.3 Decreto Supremo N° 049-86-TC del 17 de noviembre de 1986, que estableció la clasificación de vehículos automotores del servicio público de pasajeros y carga de transporte terrestre.
- 3.4 Artículo 7.1 literal e) de la Ley N° 26917, que establece entre las principales funciones de OSITRAN la de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

4. ANÁLISIS

- 4.1 La cláusula 8.17 literal b) incisos i) y ii) del Contrato de Concesión estipula lo siguiente:

- i) Cada vehículo ligero pagará una Tarifa básica.*
- ii) Cada vehículo pesado pagará una Tarifa básica por cada eje."*

Fu

e74

- 4.2 De la revisión del contrato de concesión y la legislación nacional, no existe ninguna cláusula contractual o norma jurídica que defina qué se entiende por vehículos ligeros y pesados.
- 4.3 De acuerdo a los métodos de interpretación generalmente aceptados por la doctrina jurídica, en el caso de vacíos o lagunas es válido acudir a la **analogía**. Al respecto, de las normas presentadas la única aplicable analógicamente sería el "Manual de Diseño Geométrico de Carreteras DG-2001", aprobado por Resolución Directoral N° 143-01-MTC-15.17 del 12 de marzo de 2001. Sin embargo, esta norma no resulta aplicable analógicamente por cuanto su lógica se circunscribe a las especificaciones técnicas de construcción y no a las características propias de los vehículos.
- 4.4 Los vehículos afectos al pago de peaje son todos aquellos vehículos autorizados para transitar en la red vial nacional. En tal sentido no es aplicable un cobro de peaje a vehículos tipo moto-taxi, o triciclos motorizados, ya que no están autorizados a circular por la vía.
- 4.5 Teniendo en consideración, que no existe normal legal vigente, aplicable al presente caso, que diferencie o defina a los vehículos pesados o ligeros, consideramos recomendable que la aplicación de estas categorías se efectúe sobre la base de la clasificación establecida en el Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC).
- 4.6 **Vehículos Ligeros:** Vehículo autopropulsado de cuatro ruedas tales como automóviles, station wagon², camioneta pick up³, camioneta panel⁴, camioneta rural⁵ y furgoneta⁶, entre otros, con un peso bruto vehicular no superior a 5 toneladas.

Siguiendo la clasificación recogida en el Anexo I del Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, Reglamento Nacional de Vehículos, bajo este concepto pueden incluirse las siguientes clases de vehículos de las Sub - Categorías M₁, M₂ y N₁⁷, siempre y cuando cuenten con cuatro ruedas.

² Vehículo automotor derivado del automóvil que al rebatir los asientos posteriores, permite ser utilizado para el transporte de equipaje.

³ Vehículo automotor de cabina simple o doble, con caja posterior, destinada para el transporte de carga liviana y con un peso bruto vehicular que no excede los 3 500 Kgs.

⁴ Vehículo automotor con carrocería cerrada para el transporte de carga liviana.

⁵ Vehículo automotor para el transporte de personas, de hasta 17 asientos y cuyo peso bruto vehicular no excede los 3 500 Kgs.

⁶ Vehículo automotor para el transporte de carga liviana, con 3 ó 4 ruedas con un motor de 500 ó más centímetros cúbicos de cilindrada.

⁷ Categoría M: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y contruidos para el transporte de pasajeros.

- M1: Vehículos de ocho asientos o menos, sin contar el asiento del conductor.
- M2: Vehículos de más de ocho asientos, sin contar el asiento del conductor y peso bruto vehicular de 5 toneladas o menos.

Categoría N: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y contruidos para el transporte de mercancía.

- N1: Vehículos de peso bruto vehicular de 3,5 toneladas o menos.

Vehículos pesados: Vehículo comercial diseñado para el transporte de personas o mercancía de dos o más ejes, tales como omnibuses⁸, camiones⁹, remolcador o tracto camión¹⁰, remolques¹¹ y semi-remolques¹², entre otros, con un peso bruto vehicular mayor a 3,5 toneladas.

Bajo este concepto tenemos los vehículos clasificados en las subcategorías M₃, N₂ y N₃¹³.

- 4.7 El caso de otros vehículos que no puedan ser asimilados en ninguna de las categorías de vehículos ligeros o pesados, la Empresa Concesionaria no podrá exigir el pago por peaje, toda vez que no está estipulado en el Contrato de Concesión ni en las proyecciones de tráfico utilizadas en los estudios previos para otorgar la concesión.
- 4.8 De manera similar al punto anterior, cualquier remolque de un vehículo ligero no deberá pagar peaje, pues no está estipulado en el Contrato de Concesión ni en las proyecciones de tráfico utilizadas en los estudios previos para otorgar la concesión. Además, de acuerdo al Informe N° 0028-2004-MTC/20-GOZ-UP de la Gerencia de Operaciones Zonales de Provías Nacional, que fuera remitido a OSITRAN a través del Oficio N° 320-2004-MTC/20, en las unidades de peaje administradas por Provías Nacional en el ámbito de la Red Vial Nacional, en ningún momento se ha aplicado el cobro de peaje a los remolques que acarrean determinados vehículos ligeros, ya que no existe dispositivo legal vigente que faculte a este cobro.

5. CONCLUSIONES

- 5.1 No existe normal legal vigente, aplicable al presente caso, que diferencie o defina a los vehículos pesados o ligeros.
- 5.2 Deberán considerarse vehículos ligeros los vehículos correspondientes a las categorías M₁, M₂ y N₁ del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC).

⁸ Vehículo automotor construido para ser destinado para el transporte de personas con más de 17 asientos que puede tener compartimentos de equipajes y con un peso bruto vehicular de más de 3 500 Kg.

⁹ Vehículo automotor construido para el transporte de carga mediana y pesada cuyo peso bruto vehicular excede los 3 500 Kgs. pudiendo engancharse un remolque.

¹⁰ Vehículo automotor diseñado para remolcar un semi-remolque mediante un sistema de acople, no transportando carga por sí, a excepción de la parte de peso y carga del vehículo remolcado.

¹¹ Vehículo no motorizado de la categoría O, diseñado para ser halado por un vehículo motorizado, de tal forma que ninguna parte de su peso descansa sobre el vehículo que lo hala.

¹² Vehículo no motorizado con uno o mas ejes, que se apoya en otro vehículo acoplándose a éste y transmitiéndole parte de su peso mediante la quinta rueda.

¹³ Categoría M: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y construidos para el transporte de pasajeros.

- M3: Vehículos de más de ocho asientos, sin contar el asiento del conductor y peso bruto vehicular de más de 5 toneladas.

Categoría N: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y construidos para el transporte de mercancía.

- N2: Vehículos de peso bruto vehicular mayor a 3,5 toneladas hasta 12 toneladas.
- N3: Vehículos de peso bruto vehicular mayor a 12 toneladas.

00024

- 5.3 Deberán considerarse vehículos pesados los vehículos correspondientes a las categorías M₃, N₂ y N₃ del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo N° 058-2003-MTC).
- 5.4 Los vehículos no incluidos en las categorías anteriores estarán exentos del pago de peaje.

Atentamente,



Roberto Urrunaga Pascó-Font
Gerente de Regulación



Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal



Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación