

# RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 049-2007-CD-OSITRAN

Lima, 18 de julio de 2007

**MATERIA** : Interpretación de las cláusulas 6.20 a 6.23 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial Nº 6

Lima, 18 de julio de 2007

## VISTOS:

El presentado por la Concesionaria Vial del Perú S.A., presentado el 15 de diciembre de 2007, y el Informe Nº 034-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 13 de julio de 2007, elaborado por la Gerencias de Supervisión, Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN; y,

## CONSIDERANDO:

1. Mediante Oficio Nº 111-2006-MTC/20.6 del 1 de marzo de 2006<sup>1</sup>, PROVIAS NACIONAL otorgó conformidad al Expediente Técnico del Proyecto “Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima” que PERU LNG S.R.L.<sup>2</sup>- en adelante PERU LNG -, planea construir para el ingreso y salida segura de sus instalaciones, ubicadas a la altura del kilómetro 169 de la carretera Panamericana Sur, en el distrito de San Vicente de Cañete, provincia de Cañete, departamento de Lima.
2. En vista de dicha conformidad, mediante Carta Nº PLNG-GG-0184-06, de fecha 8 de marzo de 2006, PERU LNG solicitó al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, autorización para el uso del Derecho de Vía de la Carretera Panamericana Sur, en las áreas del mencionado Proyecto Cruce a Desnivel.
3. El MTC mediante Oficio Nº 0510-2006-MTC/14 del 03 de mayo de 2006, requirió la opinión de OSITRAN sobre el uso del Derecho de Vía solicitado por la empresa PERU LNG.

---

<sup>1</sup> Conforme a lo señalado en la comunicación PLNG-GG-0184-06 de fecha 8 de marzo de 2006, que PERU LNG S.R.L. dirigió al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC.

<sup>2</sup> PERU LNG S.R.L. es la empresa encargada del Proyecto de Exportación del Gas Natural Licuado (LNG, por sus siglas en inglés), en la denominada Pampa Melchorita, en la Provincia de Cañete.

4. Mediante Carta N° C.436.06 del 18 de mayo de 2006, COVIPERU encontró conforme el expediente presentado, sin embargo consideró que dicha solicitud debía tratarse como una servidumbre, la cual debía ser constituida por el Concedente quien era el propietario de los terrenos por donde se construirían los cruces.
5. Con Oficio N° 587-06-GS-OSITRAN del 30 de mayo de 2006, OSITRAN encontró conforme el expediente técnico presentado por PERU LNG pero dado que la ejecución del proyecto comprendía dos etapas<sup>3</sup>, precisó que en la oportunidad de ejecución de las obras de la segunda etapa, el diseño de la ejecución de los cruces de PERU LNG con la segunda vía de la autopista correrían a cargo de esta última. En ese sentido, PERU LNG debía coordinar de manera oportuna con la empresa concesionaria a cargo, la solución técnica que ejecutaría.

Asimismo, OSITRAN precisó que PERU LNG, antes de la ejecución de las obras, debería coordinar con COVIPERU, la compatibilización de los niveles y ancho de vía, de acuerdo a lo considerado en el proyecto de construcción del tramo Pucusana-Cerro Azul-Ica, así como incluir en el Expediente Técnico un Plan de Tránsito Provisorio y de Señalización.

6. Mediante Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, del 29 de setiembre de 2006, el MTC autorizó a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para ejecutar en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica:

- El cruce temporal a desnivel en el Km 166+991.30
- Un intercambio vial definitivo en el Km 167+628.35
- Empalme temporal a nivel en el Km 168+305.08

7. Con Carta N° C.907.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, la Empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, solicitó a OSITRAN la emisión de opinión técnica sobre el supuesto incumplimiento a la Cláusula 6.20, 6.21, 6.22 y 6.23 del contrato de concesión de la red vial N° 6, por parte del MTC.

Como sustento de dicha afirmación, COVIPERU señala lo siguiente:

- Las cláusulas 6.20 y 6.22 del Contrato de Concesión, establecen las obligaciones del Concedente en caso de determinar la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias durante la vigencia del Contrato de Concesión. En ese sentido el MTC deberá:

---

<sup>3</sup> 1era Etapa con la autopista de 1 sola vía y 2da Etapa cuando se construyese la futura autopista.

- “1. Convocar a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas, pudiendo participar en dicho proceso la Sociedad Concesionaria.
  2. Mantener indemne a la Sociedad Concesionaria de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de Obras Nuevas y/o Complementarias ejecutadas por un tercero contratado por el Concedente.
  3. Ponerse de acuerdo con la Sociedad Concesionaria contratista la forma de compensarla por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.”
- “... la Cláusula 6.21 establece la obligación del Contratista de comprometerse mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionaria.”
- “... la Cláusula 6.23 señala que terminada la ejecución de las Obras, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribirán un acta de entrega de las misma para su puesta en servicio, siendo obligación de la sociedad concesionaria encargarse de la conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega...”
- “... Perú LNG S.R.L. ha firmado con el Concedente un Acta de Compromiso por siete años, para el mantenimiento de las obras que estarán ejecutando, a pesar que de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6.23 y la Sección VII del Contrato de Concesión la conservación y/o mantenimiento del Tramo Vial de la Red Vial N° 6 es de competencia exclusiva de la Sociedad Concesionaria.
8. En virtud de lo anteriormente expuesto, COVIPERU solicita a OSITRAN “..emitir Opinión Técnica Favorable del Incumplimiento por parte del Concedente del Procedimiento que debe seguirse en caso de ejecución de Obras Nuevas, las mismas que refieren a lo siguiente:
- Procedimiento Administrativo de Selección del Contratista que ejecutará las Obras Nuevas, pudiendo ser postor la Sociedad Concesionaria.
- El compromiso del Contratista de no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionario,[sic] para lo cual firmará un contrato con cargo a la reposición y al pago de indemnizaciones.
- La Conservación de las Obras Nuevas corresponde a las Sociedad Concesionaria
- El acuerdo entre las partes para compensar a la Sociedad Concesionaria por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.”
9. Como puede observarse, la empresa Concesionaria ha solicitado al organismo regulador, la emisión de una opinión técnica respecto del

supuesto incumplimiento en el cual habría incurrido la entidad Concedente.

Al respecto, dado que la determinación del mencionado incumplimiento implica necesariamente la interpretación de los alcances de las cláusulas 6.20 a 6.23 del contrato de concesión, consideramos necesario que éste cuerpo colegiado emita pronunciamiento formal respecto de los alcances de las mencionadas cláusulas; sin perjuicio de que, adicionalmente, formulemos las recomendaciones que resulten necesarias.

10. De esta manera, la presente Resolución tiene por objeto emitir pronunciamiento respecto de los alcances de las siguientes cláusulas del contrato de concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6:

#### ***“Obras Complementarias y Nuevas***

6.20 *Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias, convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.*

6.21 *El contratista que resulte elegido en el proceso indicado en el párrafo precedente, se comprometerá mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.*

6.22 *EL CONCEDENTE se obliga a mantener indemne a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de las Obras Nuevas y/o Obras Complementarias en caso éstas hayan sido realizadas por un tercero contratado por el CONCEDENTE.*

*De igual manera, las partes acordarán la forma de compensar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.*

#### ***Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias***

6.23 *Terminada la ejecución de las Obras, EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA suscribirán un acta de entrega de las mismas para su puesta en servicio.*

*Corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su*

*entrega, conforme a lo señalado en la Sección 2 del Anexo I del presente contrato.*

*Dicho procedimiento se aplicará cuantas veces se produzca la necesidad de realizar Obras Nuevas y Complementarias.”*

11. Para efectos del análisis de los alcances de las mencionadas cláusulas, hacemos nuestro el análisis efectuado por las Gerencias de Asesoría Legal, de Regulación y de Supervisión, efectuado mediante el Informe de vistos, de fecha 13 de julio de 2007, el cual pasa a formar parte integrante de la presente Resolución.
12. En ese sentido, consideramos que las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, únicamente resultan aplicables en los casos en los cuales el Concedente contrate las obras con cargo a recursos públicos, caso en el que sí es de aplicación la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.
13. De otro lado, de conformidad con los derechos establecido en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, a favor del Concesionario y las obligaciones respecto a éste asumidas por el Estado, se debe considerar que el otorgamiento del derecho de vía por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, deberá ser otorgado por éste y ejercido por el tercero, respetando el derecho de concesión otorgado al Concesionario, lo cual comprende sus derechos en cuanto a la explotación económica de los bienes concesionados, el mantenimiento de los mismos y la asunción o exención de responsabilidades, en cada caso.

En ese sentido, en el presente caso, la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir al Estado representado por el MTC, a que PERU LNG S.R.L. se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria.

14. Asimismo, teniendo en consideración que, conforme a los siguientes documentos:
  - a) Oficio N° 111-2006-MTC/20.6 emitido por PROVIAS NACIONAL, a través del cual dicha institución otorgó su conformidad al Expediente Técnico del Proyecto “Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima” presentado por PERU LNG); y,
  - b) La Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, a través de la cual el MTC autorizo a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para que

ejecute en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica: el cruce temporal a desnivel en el Km. 166+991.30, un intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35 y el empalme temporal a nivel en el Km. 168+305.08;

Los costos de la construcción de la obra se encuentran financiados por PERU LNG S.R.L. y no por recursos públicos, por lo que no resulta de aplicación al presente caso, las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión.

En consecuencia, no existe incumplimiento por parte del CONCEDENTE de las obligaciones allí establecidas.

15. Independientemente del origen de los recursos que financien la obra, consideramos que el Estado debe garantizar al CONCESIONARIO, la integridad de las obras existentes a su cargo, razón por la cual recomendamos que el CONCEDENTE disponga que la empresa encargada de la construcción (PERU LNG S.R.L.) se comprometa, *“mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA”*.
16. Teniendo en consideración que la cláusula 6.23 del contrato de concesión no hace distinción alguna respecto del origen de los fondos con los cuales se financia la obra nueva o complementaria, consideramos que dicha cláusula *resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra*, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual:
  - (i) Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el MTC entregará a COVIPERU dicha obra para su puesta en servicio.
  - (ii) Corresponderá a COVIPERU encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.
  - (iii) En ese sentido, el literal B.6 (GARANTIA) del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG S.R.L. de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de 7 años.

Luego que concluya el periodo de garantía a que se comprometió PERU LNG S.R.L., corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras, debiendo el CONCEDENTE ponerse de acuerdo con la CONCESIONARIA para

establecer la forma de compensarla por los costos adicionales, de ser el caso, que signifique mantener las Obras, a partir de dicho momento.

17. Finalmente, consideramos conveniente que las partes regulen contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Concedente en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.
18. En consecuencia, en virtud de lo expuesto, éste cuerpo colegiado;

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Interpretar el contrato de concesión de del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, en el sentido que las disposiciones contempladas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, únicamente resultan aplicables en los casos en los cuales el Concedente contrate las obras con cargo a recursos públicos.

En consecuencia, tendiendo en consideración que los costos de la construcción de la obra se encuentran financiados por PERU LNG S.R.L. y no por recursos públicos, no resulta de aplicación al presente caso, las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión, por lo que no se ha producido un incumplimiento por parte del CONCEDENTE de las obligaciones allí establecidas.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Determinar que la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir al Estado, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, su contraparte en el contrato de concesión; a que PERU LNG S.R.L. se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria.

En ese sentido, recomendamos que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones disponga que la empresa encargada de la construcción (PERU LNG S.R.L.) se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de Concesionaria Vial del Perú S.A.

**ARTÍCULO TERCERO.-** Interpretar que la cláusula 6.23 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6), resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual, para el presente caso:

- (i) Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones

entregará a Concesionaria Vial del Perú S.A. dicha obra para su puesta en servicio.

- (ii) Corresponderá a Concesionaria Vial del Perú S.A. encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.
- (iii) En ese sentido, el literal B.6 (GARANTIA) del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG S.R.L. de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de 7 años.

**ARTÍCULO CUARTO.-** Determinar que luego que concluya el periodo de garantía a que se comprometió PERU LNG S.R.L., corresponderá a Concesionaria Vial del Perú S.A. encargarse de la Conservación de las Obras, debiendo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ponerse de acuerdo con la empresa concesionaria para establecer la forma de compensarla por los costos adicionales, de ser el caso, que signifique mantener las Obras, a partir de dicho momento.

**ARTÍCULO QUINTO.-** Recomendar que las partes regulen contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.

**ARTÍCULO SEXTO.-** Notificar el Informe N° Informe N° 034-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 13 de julio de 2007, a Concesionaria Vial del Perú S.A., Ministerio de Transportes y Comunicaciones y PERU LNG S.R.L.

Notifíquese y Archívese

**JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE**  
**Presidente del Consejo Directivo**

Reg.Sal N°PD 10510-07

**INFORME N° 034-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN**

Para : Julio Escudero Meza  
Gerente General

De : Fernando Llanos Correa  
Gerente de Supervisión

Gonzalo Ruiz Díaz  
Gerente de Regulación

Patricia Benavente Donayre  
Gerente de Asesoría Legal (e)

Asunto : Solicitud de Opinión Técnica formulada por COVIPERU sobre Incumplimiento de las cláusulas 6.20, 6.21, 6.22 y 6.23 del Contrato de Concesión

Fecha : 13 de julio de 2007



**I. ANTECEDENTES**

1. El 20 de septiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, entre el Estado de la República del Perú, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - en adelante MTC - y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – en adelante, COVIPERU.-
2. Mediante Oficio N° 111-2006-MTC/20.6 del 1 de marzo de 2006<sup>1</sup>, PROVIAS NACIONAL otorgó conformidad al Expediente Técnico del Proyecto "Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima" que PERU LNG S.R.L.<sup>2</sup> en adelante PERU LNG -, planea construir para el ingreso y salida segura de sus instalaciones, ubicadas a la altura del kilómetro 169 de la carretera Panamericana Sur, en el distrito de San Vicente de Cañete, provincia de Cañete, departamento de Lima.
3. En vista de dicha conformidad, mediante Carta N° PLNG-GG-0184-06, de fecha 8 de marzo de 2006, PERU LNG solicitó al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, autorización para el uso del Derecho de Vía de la Carretera Panamericana Sur, en las áreas del mencionado Proyecto Cruce a Desnivel.

Conforme a lo señalado en la comunicación PLNG-GG-0184-06 de fecha 8 de marzo de 2006, que PERU LNG S.R.L. dirigió al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC.

<sup>2</sup> PERU LNG S.R.L. es la empresa encargada del Proyecto de Exportación del Gas Natural Licuado (LNG, por sus siglas en inglés), en la denominada Pampa Melchorita, en la Provincia de Cañete.



4. El MTC mediante Oficio N° 0510-2006-MTC/14 del 03 de mayo de 2006, requirió la opinión de OSITRAN sobre el uso del Derecho de Vía solicitado por la empresa PERU LNG.
5. Mediante Carta N° C.436.06 del 18 de mayo de 2006, COVIPERU encontró conforme el expediente presentado, sin embargo consideró que dicha solicitud debía tratarse como una servidumbre, la cual debía ser constituida por el Concedente quien era el propietario de los terrenos por donde se construirían los cruces.
6. Con Oficio N° 587-06-GS-OSITRAN del 30 de mayo de 2006, el OSITRAN encontró conforme el expediente técnico presentado por PERU LNG pero dado que la ejecución del proyecto comprendía dos etapas<sup>3</sup>, precisó que en la oportunidad de ejecución de las obras de la segunda etapa, el diseño de la ejecución de los cruces de PERU LNG con la segunda vía de la autopista correrían a cargo de esta última. En ese sentido, PERU LNG debía coordinar de manera oportuna con la empresa concesionaria a cargo, la solución técnica que ejecutaría.

Asimismo, el OSITRAN precisó que PERU LNG, antes de la ejecución de las obras, debería coordinar con COVIPERU, la compatibilización de los niveles y ancho de vía, de acuerdo a lo considerado en el proyecto de construcción del tramo Pucusana-Cerro Azul-Ica, así como incluir en el Expediente Técnico un Plan de Tránsito Provisorio y de Señalización.

7. Mediante Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, del 29 de setiembre de 2006, el MTC autorizó a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para ejecutar en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica:

- El cruce temporal a desnivel en el Km 166+991.30
- Un intercambio vial definitivo en el Km 167+628.35
- Empalme temporal a nivel en el Km 168+305.08

8. Con Carta N° C.907.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, la Empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, solicitó al OSITRAN la emisión de opinión técnica sobre el supuesto incumplimiento a la Cláusula 6.20, 6.21, 6.22 y 6.23 del contrato de concesión de la red vial N° 6, por parte del MTC.

Como sustento de dicha afirmación, COVIPERU señala lo siguiente:

- Las cláusulas 6.20 y 6.22 del Contrato de Concesión, establecen las obligaciones del Concedente en caso de determinar la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias durante la vigencia del Contrato de Concesión. En ese sentido el MTC deberá:

1. *Convocar a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas, pudiendo participar en dicho proceso la Sociedad Concesionaria.*
2. *Mantener indemne a la Sociedad Concesionaria de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de Obras Nuevas y/o Complementarias ejecutadas por un tercero contratado por el Concedente.*

<sup>3</sup> 1era Etapa con la autopista de 1 sola vía y 2da Etapa cuando se construyese la futura autopista.



3. *Ponerse de acuerdo con la Sociedad Concesionaria contratista la forma de compensarla por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.*"
- "... la Cláusula 6.21 establece la obligación del Contratista de comprometerse mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionaria."
  - "... la Cláusula 6.23 señala que terminada la ejecución de las Obras, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribirán un acta de entrega de las misma para su puesta en servicio, siendo obligación de la sociedad concesionaria encargarse de la conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega..."
  - "... Perú LNG S.R.L. ha firmado con el Concedente un Acta de Compromiso por siete años, para el mantenimiento de las obras que estarán ejecutando, a pesar que de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6.23 y la Sección VII del Contrato de Concesión la conservación y/o mantenimiento del Tramo Vial de la Red Vial N° 6 es de competencia exclusiva de la Sociedad Concesionaria.

## II. SOLICITUD DEL CONCESIONARIO

9. En virtud de lo anteriormente expuesto, COVIPERU solicita a OSITRAN "...emitir Opinión Técnica Favorable del Incumplimiento por parte del Concedente del Procedimiento que debe seguirse en caso de ejecución de Obras Nuevas, las mismas que refieren a lo siguiente:
- Procedimiento Administrativo de Selección del Contratista que ejecutará las Obras Nuevas, pudiendo ser postor la Sociedad Concesionaria.
  - El compromiso del Contratista de no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionario. [sic] para lo cual firmará un contrato con cargo a la reposición y al pago de indemnizaciones.
  - La Conservación de las Obras Nuevas corresponde a las Sociedad Concesionaria
  - El acuerdo entre las partes para compensar a la Sociedad Concesionaria por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas."

## III. OBJETO

10. El objetivo del presente informe es evaluar los fundamentos de la solicitud de Opinión Técnica presentada por COVIPERU, con relación al supuesto incumplimiento de las cláusulas 6.20, 6.21, 6.22 y 6.23 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, por parte del MTC (ente Concedente).

## IV. MARCO LEGAL

11. El marco legal del caso materia de análisis está determinado, en primer lugar, por la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, publicada el 23 de enero de 1998.
12. Asimismo, dicho marco legal se encuentra también determinado por el contrato de concesión, en cuyas cláusulas 6.20 a 6.23 se establece lo siguiente:

**"Obras Complementarias y Nuevas**



- 6.20 Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias, convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.
- 6.21 El contratista que resulte elegido en el proceso indicado en el párrafo precedente, se comprometerá mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.
- 6.22 EL CONCEDENTE se obliga a mantener indemne a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de las Obras Nuevas y/o Obras Complementarias en caso éstas hayan sido realizadas por un tercero contratado por el CONCEDENTE.

De igual manera, las partes acordarán la forma de compensar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.

#### **Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias**

- 6.23 Terminada la ejecución de las Obras, EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA suscribirán un acta de entrega de las mismas para su puesta en servicio.

Corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega, conforme a lo señalado en la Sección 2 del Anexo I del presente contrato.

Dicho procedimiento se aplicará cuantas veces se produzca la necesidad de realizar Obras Nuevas y Complementarias."

## **V. ANÁLISIS**

13. Tal como lo indicamos en los antecedentes del presente Informe, mediante Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, del 29 de septiembre de 2006, suscrita por el Director General de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, el MTC autorizó a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para ejecutar en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, lo que comprende:

- El cruce temporal a desnivel<sup>4</sup> en el Km. 166+991.30
- Un intercambio vial<sup>5</sup> definitivo en el Km. 167+628.35
- Empalme<sup>6</sup> temporal a nivel en el Km. 168+305.08

<sup>4</sup> **Cruce a desnivel** es un ramal ó un conjunto de ramales que se proyecta para facilitar el paso de tránsito entre dos carreteras que se cruzan en niveles diferentes.

<sup>5</sup> **Intercambio Vial** es una obra de infraestructura formada por un conjunto de ramales en la zona donde dos ó más carreteras se cruzan para el desarrollo de todos los movimientos posibles de cambio de una carretera a otra, con el mínimo de puntos posibles de conflicto y con el propósito de mejorar la seguridad, los accesos, mejorar el flujo de tránsito y aliviar la congestión vial.

<sup>6</sup> **Empalme**, es la zona donde concurren dos vías.



En ese sentido, a continuación analizaremos la naturaleza de las obras a ser realizadas, con el fin de determinar si se trata de obras públicas o no, a efectos de identificar los derechos del Concesionario respecto de las mismas.

**A.- De los Bienes de Dominio Público y el Derecho de Vía**

14. Como puede observarse de lo señalado en el ítem precedente, el objetivo final de las actividades autorizadas por el MTC en el Derecho de Vía, es la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35.

Al respecto, la cláusula 6.20 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

6.20 Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias, convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

(El subrayado es nuestro)

Como puede observarse, la citada cláusula establece que **en caso el Concedente decidiera la ejecución de obras** (sean nuevas o complementarias) éste deberá convocar a un proceso de selección de acuerdo con la **“... normatividad vigente en materia de obras públicas”**:

En ese sentido, corresponde determinar si la construcción del intercambio vial definitivo constituye o no una “obra pública” a la que pudiera aplicarse la normativa de contrataciones y adquisiciones, y si es que ésta se va a constituir o no como un bien de dominio público.

15. Sobre el particular, la *Constitución Política* del Perú señala en su Artículo 73º que:

*“Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.”*

Asimismo, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>:

*“(...) El dominio público es una forma de propiedad especial, afectada al uso de todos, a un servicio a la comunidad o al interés nacional, es decir, que está destinada a la satisfacción de intereses y finalidades públicas y por ello, como expresa el artículo 73 de la Constitución, tienen las características de bienes inalienables e imprescriptibles, además de inembargables”*

En consecuencia, observamos que lo que define a un bien como “bien de dominio público” (y le imprime sus características básicas de inalienabilidad<sup>8</sup>, imprescriptibilidad<sup>9</sup> e inembargabilidad<sup>10</sup>) es su afectación al “uso público”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 015-2001-AI/TC, Exp. N° 016-2001-AI/TC, Exp. N° 004-2002-AI/TC (Acumulados) de fecha 29 de enero de 2004.

<sup>8</sup> Se trata de bienes que se encuentran fuera del comercio, razón por la cual no puede ser enajenado.

<sup>9</sup> Es decir que, se trata de un bien que no puede ser objeto de adquisición a través el uso transcurso del tiempo).



16. Adicionalmente, teniendo en consideración que conforme a la cláusula 1.5 del Contrato de Concesión, el **Derecho de Vía** es una franja de territorio de **dominio público** del Estado (o en proceso de adquisición por parte de éste<sup>12</sup>), dentro del cual se encuentra el área de concesión, los demás sub tramos, la carretera, sus accesos o servicios complementarios y las previsiones futuras de obras de ensanche; podemos afirmar que el Contrato de Concesión reconoce, a través de su cláusula 1.5, que la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, a cargo de PERU LNG, **es una obra que estará afecta al uso público**, al encontrarse dentro de la franja correspondiente a la carretera (zona de dominio público).

## **B.- Régimen del Concesionario y el Derecho de Vía**

### **b.1 Régimen del Concesionario establecido en el contrato de concesión**

17. En lo relativo al régimen del Concesionario, el contrato de concesión contempla las siguientes cláusulas:

#### **"Naturaleza jurídica:**

2.1 *La Concesión materia del Contrato se otorga para la Construcción y Explotación de una obra de infraestructura pública...*

#### **"Definiciones**

1.5 *En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican.*

(...)

#### **Construcción**

<sup>10</sup> En otras palabras, es un bien que no puede ser objeto de ejecución judicial. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el embargo en *strictu sensu*, no implica ni requiere desapropio ni enajenación, pues puede responder a una simple medida de seguridad, en el sentido de evitar que el titular de la cosa disponga de ella, enajenándola, ya que esa medida cautelar, en última *ratio*, tiende a asegurar la ejecución forzosa del bien.

<sup>11</sup> A diferencia de la legislación nacional, el uso del dominio público es un tema ampliamente desarrollado en la legislación y doctrina comparada; así, por ejemplo, tenemos que en el Artículo 85º de la *Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, de España, se describen los usos posibles de los bienes de dominio público por los particulares. Al respecto, en dicha norma se señala que el uso común es el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados.

<sup>12</sup> El Artículo 3 del Decreto Ley N° 20081, publicado el 18 de julio de 1973 señala que:

*Artículo 3.- La faja de dominio o derecho de vía, comprende el área de terreno en que se encuentra la carretera y sus obras complementarias, los servicios y zona de seguridad para los usuarios y las previsiones para futuras obras de ensanche y mejoramiento.*

Como puede observarse, dicha norma establece que el derecho de vía comprende tanto la zona de dominio público, como la zona de dominio privado que se encuentre proyectada para futuras obras de ensanche y mejoramiento, en éste último caso nos encontraríamos frente a una suerte de reserva para expropiación, la cual se encuentra sujeta a las limitaciones establecidas en los Artículos 1 y 2 del mencionado Decreto Ley.



Comprende todas las actividades necesarias para la realización y la puesta en servicio de la infraestructura vial del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S, según lo establecido en la Cláusula 6.1 [13]. Entre dichas actividades se incluye la obtención de recursos, la realización de obras civiles, la instalación de equipos y todas aquellas actividades vinculadas a la puesta en operación del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S, las cuales serán de responsabilidad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Cuando se utilice el concepto de Construcción sin mayor distingo, éste incluirá también el Puesta a Punto de la infraestructura vial. Asimismo, para el cómputo de los plazos señalados en las Cláusula 6.6 y el Anexo II, se considerará inicio de la Construcción desde el inicio de las obras civiles.

(...)

### **Explotación**

Comprende los siguientes aspectos: la operación de la infraestructura vial e instalaciones del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamerica Sur - R01S; la prestación de los Servicios Obligatorios y Opcionales y el cobro a los Usuarios de la Tarifa de Peaje por la utilización de la infraestructura vial e instalaciones, así como por la prestación de los mencionados servicios, en los términos establecidos en el contrato."

### **"Objeto**

2.4 Por el presente Contrato, el CONCEDENTE otorga en Concesión a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, la Construcción y Explotación de la infraestructura de servicios público del tramo.

2.5 Las principales actividades o prestaciones que forman parte de la Concesión y que por tanto son el objeto de los derechos y obligaciones de las Partes en virtud del Contrato, son las siguientes:

- a) La entrega, transferencia, uso y reversión de bienes que se regula en la sección V del Contrato.
- b) La Construcción y Puesta a Punto de la infraestructura vial del Tramo, según se detalla en la sección VI.
- c) La Conservación de la obra, según los términos de la Sección VII
- d) La explotación de la Concesión conforme a las condiciones de la Sección VIII"

### **"De las Áreas de Terreno Comprendidas en Área de la Concesión y el Derecho de Vía 5.14.- (...)**

Los bienes de la Concesión serán de uso exclusivo de la Concesión según señala en las Leyes y Disposiciones Aplicables. Cualquier utilización que comprometa el Derecho de Vía deberá contar con la aprobación del CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR y la SOCIEDAD CONCESIONARIA."

#### <sup>13</sup> Contrato de Concesión:

6.1 La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a realizare las Obras referidas en el Anexo II, de acuerdo a los plazos y condiciones ahí previstas.

La ejecución de las labores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se efectuarán siguiendo el criterio por Etapas establecidas en el Anexo II, y según los diseños definitivos que presente la SOCIEDAD CONCESIONARIA o de acuerdo con el Estudio Definitivo de Ingeniería en caso de que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida utilizar el Expediente a su propia cuenta y riesgo como se estipula en la Cláusula 6.2



## **"SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN**

### *Derecho y Deber de la Sociedad Concesionaria*

8.1.- La Explotación del Tramo, por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará la inversión que realice en la Obra, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad del Tramo y prestar el Servicio a los Usuarios dentro de los estándares especificados en los Estudios Técnicos y en los anexos del Contrato.

(...)"

### **"Régimen Económico: Otros Ingresos**

8.18 Constituirán ingresos adicionales de la SOCIEDAD CONCESIONARIA todos aquellos que ésta perciba como consecuencia de la Explotación de Servicios Obligatorios u Opcionales que preste de forma directa o a través de sus Empresas Vinculadas.

También constituirán ingresos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA los pagos que los terceros no vinculados efectúen por el derecho de uso o explotación de servicios opcionales."

18. En virtud de lo expuesto, con relación al contrato de concesión, podemos concluir lo siguiente:

- Los bienes de la Concesión son de uso exclusivo de la Concesión;
- Mediante el Contrato de Concesión, el MTC otorgó en Concesión a COVIPERU, la Construcción y Explotación de la infraestructura de servicios público del tramo;
- La EXPLOTACIÓN comprende la operación de la infraestructura vial e instalaciones del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamerica Sur - R01S;
- La EXPLOTACIÓN del tramo constituye un **DERECHO** para COVIPERU, en la medida que es el mecanismo mediante el cual éste recuperará la inversión que realice en la Obra;
- Asimismo, la EXPLOTACIÓN del tramo constituye un **DEBER** para COVIPERU, en la medida en que éste se encuentra obligado a mantener la operatividad del Tramo y prestar el Servicio a los Usuarios dentro de los estándares especificados en los Estudios Técnicos y en los anexos del Contrato.

### **b.2 Régimen del Concesionario establecido en el marco legal vigente**

19. El Artículo 13º del *Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y servicios públicos* (en adelante, TUO de Concesiones), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 059-96-PCM, señala lo siguiente:

*"Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o*



los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.”

(El subrayado es nuestro)

20. Asimismo, el *Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos* (en adelante, Reglamento del TUO de Concesiones), aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

- a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;
- b) el mantenimiento de la obra; y,
- c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos.”

(El subrayado es nuestro)

“Artículo 25.- Por el Contrato de Concesión se otorga al concesionario la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo establecido.”

(El subrayado es nuestro)

21. En consecuencia, podemos señalar que entre los derechos del Concesionario, respecto del derecho de vía, se encuentran los siguientes:

- COVIPERU puede hacer valer sus derechos frente a terceros, en base al contrato de concesión;
- COVIPERU tiene el derecho a la construcción, reparación y/o ampliación de las obras públicas de infraestructura dadas en concesión; y,
- COVIPERU tiene el derecho al mantenimiento de las obras públicas de infraestructura dadas en concesión.

22. Como puede observarse, si bien es cierto, la ejecución de la obra materia del presente Informe (construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35) no se encontraba expresamente contemplada en el contrato de concesión como obligación de COVIPERU, consideramos que el **mantenimiento** de la misma puede ser alegado, no solamente como un DERECHO, sino también como un DEBER, por parte de COVIPERU, en la medida en que éste se encuentra obligado a mantener la operatividad del Tramo.



C.- **Respecto del nivel de cumplimiento de las cláusulas 6.20 a 6.23**

23. Con el objeto de evaluar la solicitud del Concesionario, a continuación realizaremos un desarrollo del presupuesto de hecho de las cláusulas del Contrato de Concesión involucradas.

c.1 **De la obligación de convocar a concurso**

24. La cláusula 6.20 establece lo siguiente:

"6.20 Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias, convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA."

(El subrayado es nuestro)

Como puede observarse, la cláusula 6.20 establece la obligación para el MTC de convocar a un procedimiento administrativo de selección "de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas". En ese sentido, teniendo en consideración que la normatividad en materia de obras públicas se encuentra constituida por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, corresponde analizar el ámbito de aplicación de dicha norma.

25. Al respecto, el inciso 2.2 del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Ámbito de aplicación.-

(...)

2.2. Las adquisiciones y contrataciones cuyos procesos de selección regula la presente Ley comprenden todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

(...)"

(El subrayado es nuestro)

En virtud del artículo precedentemente citado, la normatividad para los procesos de selección en materia de obras públicas, únicamente es aplicable **cuando es el Estado el que asume el pago del precio correspondiente**.

En consecuencia, la cláusula 6.20 únicamente es aplicable en los casos en los cuales el Concedente (es decir, el Estado representado a través del MTC) es quien asume el costo de la obra a ser implementada, situación que no se presenta en el caso objeto del presente informe, dado que consideramos que conforme a la Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14 del 29 de septiembre de



2006, PERU LNG es quien asumirá los costos de la obra<sup>14</sup>, por lo que no se trata de un contrato de obra pública.

En este caso, es la empresa PERU LNG quien asumirá el costo de acceder a la carretera concesionada, y el intercambio vial definitivo en el Km 167+628.35 a que se refiere la Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14 (citada en el punto 7 del presente informe), se trata de una infraestructura que **pasará a formar parte del Estado**.

En ese sentido, esa obra cuya ejecución corresponderá a un financiamiento privado; *estará afectada al uso público*, debido a que se encontrará dentro de la franja correspondiente a la carretera (zona de dominio público). Sin embargo, es necesario precisar que ello no imprime a dicha obra la naturaleza de una "obra pública" (con las consiguientes obligaciones en materia de contrataciones del Estado que ello implica), sino que le impone un *régimen jurídico de uso público* al que no están afectas las obras de propiedad privada.

**c.2 De la obligación de suscribir compromiso de reposición, pago de indemnizaciones y no causar daño**

26. En el mismo sentido, corresponde que interpretemos la cláusula 6.21 del Contrato de Concesión, en vista que dicha cláusula resulta ser una consecuencia de la anterior (Cláusula 6.20), como podemos observar a continuación:

*"6.21 El contratista que resulte elegido en el proceso indicado en el párrafo precedente, se comprometerá mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA."*

(El subrayado es nuestro)

En efecto, la cláusula 6.21 establece obligaciones para la empresa encargada de la construcción de la obra (obligación de no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionaria), en tanto ésta resulte elegida conforme al proceso previsto en la cláusula 6.20, lo que implica que dichas obligaciones contractualmente establecidas son exigibles únicamente a las empresas que realizan las obras con cargo a recursos públicos.

27. Sin embargo, aún cuando en el presente caso la obra en cuestión no se construirá con recursos públicos, lo relevante, *para efectos de la determinación de los derechos del Concesionario generados en virtud al contrato de concesión*, es que al existir un derecho de concesión que ha sido otorgado por el Estado; al ejercer éste la facultad de autorizar el Uso del Derecho de Vía a un tercero, el **MTC deberá concordar el otorgamiento de dicha autorización, con los**

<sup>14</sup> Por otro lado, podría señalarse que el literal k del inciso 2.3 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que dicha norma NO es de aplicación para los casos de CONCESIÓN de OBRAS PÚBLICAS de INFRAESTRUCTURA, razón por la cual, el presente caso no se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la citada ley.

Sin embargo, debemos precisar que en el caso bajo análisis NO nos encontramos frente al otorgamiento de una concesión, dado que la misma ya ha sido efectuada, conforme a la normatividad legal sobre la materia (ver ítem 20 del presente Informe), sino frente a la realización de una obra pública, concretamente la construcción del intercambio vial (ver ítem 13 del presente



**compromisos que ha asumido mediante el contrato de concesión**, en representación del Estado.

Al respecto, se debe considerar que la infraestructura que ha sido concesionada podría sufrir daños, eventualmente, como consecuencia de las acciones derivadas del ejercicio del derecho de vía por parte de LNG PERU. Esas externalidades negativas, que pudieran generarse como consecuencia de la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35; deben ser compensadas a la empresa concesionaria, independientemente de que la obra haya sido construida con recursos privados o públicos.

28. Respecto al criterio precedente, se debe señalar que de conformidad con lo que establece el Artículo 12º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S. Nº 044-2006-PCM y modificado mediante D.S. Nº 057-2006-PCM, que consagra el "Principio de Promoción de la Cobertura y la Calidad de la infraestructura"; la actuación del OSITRAN se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de la infraestructura. Para tal fin, se reconocerán retornos adecuados a la inversión, y se velará porque los términos de acceso a la infraestructura sean equitativos y razonables.

Asimismo, el Artículo 13º de la misma norma, establece como otro principio rector de las decisiones y criterios que pueda adoptar el OSITRAN, el "Principio de Eficiencia y Efectividad", según el cual la actuación del regulador se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.

En esa línea, tanto al interpretar el contrato de concesión, como al identificar problemas generados en la aplicación de éste, y en la interrelación del proyecto concesional con el ejercicio de las facultades del Estado; el regulador debe tener en consideración los dos principios a que se ha hecho referencia, con el fin de cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

29. En el mismo sentido, debemos precisar que la obligación de reparar, en caso se causen daños, es una obligación establecida en la normatividad civil, de aplicación supletoria en el presente caso:

*"Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo  
Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor."*

En consecuencia, de conformidad con los derechos establecido en el contrato de concesión a favor del concesionario y las obligaciones respecto a éste asumidas por el Estado, el OSITRAN debe pronunciarse en el sentido que, el otorgamiento del derecho de vía por parte del MTC, deberá ser otorgado por éste y ejercido por el tercero, respetando el derecho de concesión otorgado al Concesionario, lo cual comprende sus derechos en cuanto a la explotación económica de los bienes concesionados, el mantenimiento de los mismos y la asunción o exención de responsabilidades.

Por tanto, somos de la opinión que la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir **al Estado representado por el MTC**, a que LNG PERU (quien construirá el intercambio vial definitivo en el Km 167 + 628.35); que se comprometa, "mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA".



c.3 **De la obligación del Concedente de responder por el Concesionario ante litigio derivado de la ejecución de la obra realizada por tercero, así como de compensar por los costos adicionales de mantener la obra nueva**

30. Por su parte, la cláusula 6.22 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

6.22 *EL CONCEDENTE se obliga a **mantener indemne a la SOCIEDAD CONCESIONARIA**, de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de las Obras Nuevas y/o Obras Complementarias en caso éstas hayan sido realizadas por un tercero contratado por el CONCEDENTE.*

*De igual manera, las partes acordarán la forma de compensar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.*

(El subrayado es nuestro)

31. Como puede observarse, la citada cláusula establece las siguientes obligaciones:

- (i) La obligación del MTC de garantizar al Concesionario, que los eventuales conflictos derivados de la ejecución de la obra no afectarán a este último, en caso la construcción haya sido efectuada por un tercero CONTRATADO por el Concedente.
- (ii) Se establece la obligación de que las partes acuerden la forma de compensar a la Concesionaria por los costos adicionales que impliquen mantener la obra nueva.

Como puede observarse, de una interpretación literal de la cláusula precedente (y sin considerar una interpretación finalista del contrato) únicamente resultaría aplicable en los casos que el MTC contrate la ejecución de obras, lo que evidentemente implicaría la disposición de recursos públicos para solventar las mismas.

32. Sin embargo, consideramos, por los mismos argumentos sustentados en el supuesto anteriormente analizado en el literal c.2, y en base a lo establecido en el Artículo 1969º del Código Civil; que no resulta contrario al Contrato de Concesión y es además concordante con lo establecido en el marco regulatorio de aplicación en el presente caso, que el Concesionario exija los mismos derechos contemplados en la Cláusula 6.22 para la construcción de obras financiadas con recursos privados.

c.4 **Rol del Concesionario y Conservación de las Obras**

33. La cláusula 6.23 del contrato de concesión, establece lo siguiente:

6.23 *Terminada la ejecución de las Obras, EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA suscribirán un acta de entrega de las mismas para su puesta en servicio.*

*Corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la **Conservación** de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega, conforme a lo señalado en la Sección 2 del Anexo I del presente contrato.*



*Dicho procedimiento se aplicará cuantas veces se produzca la necesidad de realizar Obras Nuevas y Complementarias."*

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Como puede observarse, dicha cláusula establece las siguientes obligaciones:

- Terminada la ejecución de las obras, el CONCEDENTE entregará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA dichas obras para su puesta en servicio.
- Corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.

34. Teniendo en consideración que la cláusula 6.23 del contrato de concesión no hace distinción alguna respecto del origen de los fondos con los cuales se financia la obra nueva o complementaria, consideramos que dicha cláusula resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual:

- (i) **Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el MTC entregará a COVIPERU dicha obra para su puesta en servicio.**

Al respecto, conforme al análisis efectuado en el ítem B, precedente y de acuerdo con lo expresamente establecido en el Reglamento del TUO de Concesiones<sup>15</sup>, debe tenerse en consideración que la explotación de la obra comprende el **mantenimiento** de la misma (sobre el particular recordemos que conforme a la definición de conservación establecida en el contrato de concesión, la actividad de mantenimiento se encuentra incluida en ella); en ese sentido, cuando se concluya la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35., dicha obra pasará a formar parte del Derecho de Vía, por tratarse de una obra sujeta al dominio público; con lo cual, al ser una obra comprendida en la concesión, se generará el DEBER de COVIPERU de explotar la misma, es decir, de darle mantenimiento conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión.

- (ii) **Corresponderá a COVIPERU encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.**

Por otra parte, con relación al contenido de las actividades de CONSERVACIÓN, la cláusula 1.5 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

*"1.5 En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican.*

(...)

**Conservación**

Es el conjunto de actividades efectuadas con el objeto de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la

Aprobado mediante D.S. N° 060-96-PCM.



infraestructura vial (aquellas con las que fue diseñada o construida) y de los Bienes de la Concesión. Este incluye el Mantenimiento Rutinario, el Mantenimiento Periódico y el Mantenimiento de Emergencia [16] de todos aquellos elementos de la infraestructura.

(...)"

(El subrayado es nuestro)

En ese sentido, una vez entregada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, COVIPERU tiene la obligación de conservarla, es decir, de "... preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la infraestructura vial (aquellas con las que fue diseñada o construida)..."

## c.5 Del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VIA

<sup>16</sup> La cláusula 1.5 establece la siguiente definición de mantenimiento:

### "Mantenimiento

Comprende las actividades rutinarias, periódicas o de emergencia destinadas a la Conservación de los Bienes de la Concesión.

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

- Limpieza de calzadas y bermas, alcantarillas, cunetas, señales, guardavías y otros elementos de la infraestructura vial.
- Conservación de elementos de puentes y obras de arte.
- Repintado de la señalización horizontales zonas puntuales.
- Replantado y arreglo de las áreas verdes.
- Parchados, tratamientos de fisuras, bacheos y sellos.
- Control de vegetación o de arena.
- Mantenimiento de las señales verticales.
- Estabilización de taludes y control de erosión de los mismos.
- Control y manejo de sedimentos.

⇒ Mantenimiento Periódico: Básicamente los términos precisados en el volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, así como en el AASHTO y el Instituto de Asfalto, los mismo que hacen referencia a tareas de mantenimiento mayor preventivas, que se efectúan con el propósito de asegurar la funcionalidad e integralidad del camino tal como fue diseñado. Son tareas previsibles en el tiempo, periódicas, cuya ejecución es determinada pro la inadecuación de algún índice que establece las capacidades estructurales de la Vía. Comprende entre otras, la renovación del pavimento (revestimiento de asfalto delgado; tratamiento superficial o capa de resellado, riego niebla, lecha u otros); mantenimiento de la rugosidad del pavimento, mantenimiento de alcantarillas, cunetas, obras de arte y de señalizaciones; así como seguridad vial complementaria.

El mantenimiento periódico también es conocido como <<Rehabilitación Superficial>>.

⇒ Mantenimiento de Emergencia: Consiste en tareas de ejecución ocasional, de carácter extraordinario, efectuadas con el propósito de recuperar la funcionalidad o integralidad del Área de la Concesión y del Derecho de Vía de los demás Sub Tramos, que se haya perdido pro efecto de la acción del clima, la naturaleza u otros factores diferentes del normal efecto del tránsito."



35. En la solicitud de emisión de opinión técnica formulada por COVIPERU, dicho concesionario ha solicitado al OSITRAN se pronuncie respecto a que "La Conservación de las Obras Nuevas corresponde a la Sociedad Concesionaria"
36. Con relación a ello, observamos que en el ítem B.6 del Anexo 1, del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VIA, suscrita el 29 de mayo de 2006, entre el MTC y PERU LNG (denominado en la mencionada Acta como "El Administrado"), se establece lo siguiente:

**"B.6 GARANTIA**

*El administrado garantizará el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de siete (07) años y en casos especiales presentará pólizas de seguros."*

(El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- (i) El ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA fue suscrita por el MTC y PERU LNG, en virtud de las facultades del Concedente expresamente contempladas en el tercer párrafo de la cláusula 5.14, del contrato de concesión;
- (ii) En vista de ello, dicho compromiso no puede transgredir las obligaciones asumidas por el Concedente en el contrato de concesión y, en todo caso, la interpretación del mencionado compromiso debe efectuarse de manera acorde con lo establecido en el mencionado contrato de concesión;
- (iii) Si bien es cierto, en principio, la interpretación del compromiso asumido entre el MTC y PERU LNG corresponde que sea efectuada por las partes intervinientes en él; es función de OSITRAN el velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de concesión;
- (iv) Como hemos analizado en los ítems precedentes, una vez entregada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, COVIPERU tiene la obligación de conservarla, es decir de "... preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la infraestructura vial (aquellas con las que fue diseñada o construida)...";
- (v) En ese sentido, el literal B.6 del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menor de 7 años.

**D. De los alcances económicos del Derecho de Vía transferido al Concesionario mediante el Contrato de Concesión**

37. Como se ha señalado en las secciones precedentes, el Contrato sólo ha estipulado que en el caso de Obras Nuevas o Complementarias contratadas por el Concedente, el contratista que resulte elegido se comprometerá a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria. Asimismo, en estos casos, el Concedente se compromete a dejar indemne a la sociedad de cualquier reclamo, litigio, o demanda derivada de la ejecución de las Obras Nuevas o Complementarias. Adicionalmente, Concedente y Contratista acordarían compensar a la Sociedad Concesionaria en relación a los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas o Complementarias. En virtud de ello, si bien, no existiría incumplimiento por parte del Concedente en el caso puntual materia de análisis, resulta evidente que el Contrato de Concesión presenta un



vacío en relación a los derechos que tiene el Concesionario, cuando un tercero solicita uso del derecho de vía y las obras no son financiadas por el Concedente sino con recursos privados.

38. En términos generales, la entrega en concesión de bienes del Estado a empresas privadas para su operación, mantenimiento y explotación, involucra la transferencia a estas últimas de una serie de derechos y obligaciones; cuyo cumplimiento debe ser facilitado y permitido por el Contrato de Concesión. Por ejemplo, si el Concesionario tiene la obligación de dar mantenimiento a la carretera concesionada, el Contrato de Concesión debería establecer los mecanismos que permitan que el Concesionario sea compensado por los mayores costos generados por la intervención de terceros o del propio Estado en la infraestructura concesionada, independientemente de si dicha intervención ha sido producto de una obra pública contratada por el Estado, o como consecuencia de una obra financiada con recursos privados.
39. Sin embargo, aunque dicho vacío (de acuerdo al análisis precedente) puede ser cubierto por el marco regulatorio y por la normatividad contemplada en el Código Civil, resulta pertinente y conveniente, que, de manera análoga al caso en que las obras nuevas o complementarias son contratadas mediante concurso público; se establezca contractualmente la obligación del Concedente de que en las intervenciones que éste autorice en el Derecho de Vía (sin financiamiento del Estado), se garantice al Concesionario una compensación económica en caso se generen daños a la vía o incrementos en los costos de mantenimiento, dejando indemne a la sociedad Concesionaria de cualquier reclamo, litigio, o demanda derivada de la ejecución de las Obras.
40. Cabe mencionar que el Concedente, al ser quien autoriza el uso del derecho de vía, es a quien corresponde y quien está en mejor capacidad que el Concesionario, para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones a la empresa que ejecute obras en el derecho de vía. En efecto, trasladar al concesionario, dicha obligación, resultaría ineficiente y costoso para éste último, pudiendo involucrar para éste largos procesos de solución de controversias entre privados, derivadas de decisiones que no han sido de responsabilidad del Concesionario.

Asimismo, el no contemplarse la responsabilidad que debe asumir el Concedente al autorizar el uso del derecho de vía para la realización de obras financiadas por terceros, generaría inseguridad jurídica e incrementaría los riesgos no diversificables derivados de la Concesión, en tanto que el Concesionario no tendría el derecho a ser compensado en caso de diversas intervenciones efectuadas por privados en el derecho de vía.

41. En virtud de lo anterior, consideramos que para un adecuado cumplimiento y ejecución del contrato de concesión, es necesario que las partes evalúen los términos para establecer, contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Concedente en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.

## VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del análisis precedente, estas gerencias extraen las siguientes conclusiones:

- 1º Las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión, únicamente resultan aplicables en los casos en los cuales el



CONCEDENTE contrate las obras con cargo a recursos públicos, caso en el que sí es de aplicación la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

- 2º De conformidad con los derechos establecido en el contrato de concesión a favor del concesionario y las obligaciones respecto a éste asumidas por el Estado, se debe considerar que el otorgamiento del derecho de vía por parte del MTC, deberá ser otorgado por éste y ejercido por el tercero, respetando el derecho de concesión otorgado al Concesionario, lo cual comprende sus derechos en cuanto a la explotación económica de los bienes concesionados, el mantenimiento de los mismos y la asunción o exención de responsabilidades, en cada caso.

Por tanto, somos de la opinión que la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir al Estado, representado por el MTC, a que LNG PERU se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria.

- 3º En ese sentido, teniendo en consideración que, conforme a los siguientes documentos:

- a) Oficio N° 111-2006-MTC/20.6 emitido por PROVIAS NACIONAL, a través del cual dicha institución otorgó su conformidad al Expediente Técnico del Proyecto "Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima" presentado por PERU LNG); y,
- b) La Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, a través de la cual el MTC autorizó a PERU LNG el uso del Derecho de Vía, para que ejecute en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica: el cruce temporal a desnivel en el Km 166+991.30; un intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35 y el empalme temporal a nivel en el Km 168+305.08;

Los costos de la construcción de la obra se encuentran financiados por PERU LNG y no por recursos públicos, por lo que no resulta de aplicación al presente caso, las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión.

En consecuencia, no existe incumplimiento por parte del CONCEDENTE de las obligaciones allí establecidas.

- 4º Independientemente del origen de los recursos que financien la obra, consideramos que el Estado debe garantizar al CONCESIONARIO, la integridad de las obras existentes a su cargo, razón por la cual recomendamos que el CONCEDENTE disponga que la empresa encargada de la construcción (PERU LNG) se comprometa, *"mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA"*.

- 5º Teniendo en consideración que la cláusula 6.23 del contrato de concesión no hace distinción alguna respecto del origen de los fondos con los cuales se financia la obra nueva o complementaria, consideramos que dicha cláusula *resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra*, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual:

- (i) Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el MTC entregará a COVIPERU dicha obra para su puesta en servicio.



- (ii) Corresponderá a COVIPERU encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.
- (iii) En ese sentido, el literal B.6 (GARANTIA) del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de 7 años.

Luego que concluya el periodo de garantía a que se comprometió PERU LNG, corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras, debiendo el CONCEDENTE ponerse de acuerdo con la CONCESIONARIA para establecer la forma de compensarla por los costos adicionales, de ser el caso, que signifique mantener las Obras, a partir de dicho momento.

6° Finalmente, consideramos conveniente recomendar que las partes regulen contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Concedente en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.

Atentamente,



**GONZALO RUIZ DIAZ**  
Gerente de Regulación



**PATRICIA BENAVENTE DONAYRE**  
Gerente de Asesoría Legal (e)



**FERNANDO LLANOS CORREA**  
Gerente de Supervisión

# Resolución de Consejo Directivo

Nº .....-2007-GG-OSITRAN

**MATERIA :** Interpretación de las cláusulas 6.20 a 6.23 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial Nº 6

Lima, 18 de julio de 2007

## VISTOS:

El presentado por la Concesionaria Vial del Perú S.A., presentado el 15 de diciembre de 2007, y el Informe Nº 034-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 13 de julio de 2007, elaborado por la Gerencias de Supervisión, Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN; y,

## CONSIDERANDO:

1. Mediante Oficio Nº 111-2006-MTC/20.6 del 1 de marzo de 2006<sup>1</sup>, PROVIAS NACIONAL otorgó conformidad al Expediente Técnico del Proyecto "Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima" que PERU LNG S.R.L.<sup>2</sup>- en adelante PERU LNG -, planea construir para el ingreso y salida segura de sus instalaciones, ubicadas a la altura del kilómetro 169 de la carretera Panamericana Sur, en el distrito de San Vicente de Cañete, provincia de Cañete, departamento de Lima.
2. En vista de dicha conformidad, mediante Carta Nº PLNG-GG-0184-06, de fecha 8 de marzo de 2006, PERU LNG solicitó al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, autorización para el uso del Derecho de Vía de la Carretera Panamericana Sur, en las áreas del mencionado Proyecto Cruce a Desnivel.
3. El MTC mediante Oficio Nº 0510-2006-MTC/14 del 03 de mayo de 2006, requirió la opinión de OSITRAN sobre el uso del Derecho de Vía solicitado por la empresa PERU LNG.
4. Mediante Carta Nº C.436.06 del 18 de mayo de 2006, COVIPERU encontró conforme el expediente presentado, sin embargo consideró que dicha solicitud debía tratarse como una servidumbre, la cual debía ser constituida por el Concedente quien era el propietario de los terrenos por donde se construirían los cruces.

<sup>1</sup> Conforme a lo señalado en la comunicación PLNG-GG-0184-06 de fecha 8 de marzo de 2006, que PERU LNG S.R.L. dirigió al Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC.

<sup>2</sup> PERU LNG S.R.L. es la empresa encargada del Proyecto de Exportación del Gas Natural Licuado (LNG, por sus siglas en inglés), en la denominada Pampa Melchorita, en la Provincia de Cañete.



5. Con Oficio N° 587-06-GS-OSITRAN del 30 de mayo de 2006, OSITRAN encontró conforme el expediente técnico presentado por PERU LNG pero dado que la ejecución del proyecto comprendía dos etapas<sup>3</sup>, precisó que en la oportunidad de ejecución de las obras de la segunda etapa, el diseño de la ejecución de los cruces de PERU LNG con la segunda vía de la autopista correrían a cargo de esta última. En ese sentido, PERU LNG debía coordinar de manera oportuna con la empresa concesionaria a cargo, la solución técnica que ejecutaría.

Asimismo, OSITRAN precisó que PERU LNG, antes de la ejecución de las obras, debería coordinar con COVIPERU, la compatibilización de los niveles y ancho de vía, de acuerdo a lo considerado en el proyecto de construcción del tramo Pucusana-Cerro Azul-Ica, así como incluir en el Expediente Técnico un Plan de Tránsito Provisorio y de Señalización.

6. Mediante Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, del 29 de setiembre de 2006, el MTC autorizó a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para ejecutar en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica:

- El cruce temporal a desnivel en el Km 166+991.30
- Un intercambio vial definitivo en el Km 167+628.35
- Empalme temporal a nivel en el Km 168+305.08

7. Con Carta N° C.907.06 de fecha 14 de diciembre de 2006, la Empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU, solicitó a OSITRAN la emisión de opinión técnica sobre el supuesto incumplimiento a la Cláusula 6.20, 6.21, 6.22 y 6.23 del contrato de concesión de la red vial N° 6, por parte del MTC.

Como sustento de dicha afirmación, COVIPERU señala lo siguiente:

- Las cláusulas 6.20 y 6.22 del Contrato de Concesión, establecen las obligaciones del Concedente en caso de determinar la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias durante la vigencia del Contrato de Concesión. En ese sentido el MTC deberá:

- "1. Convocar a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas, pudiendo participar en dicho proceso la Sociedad Concesionaria.
2. Mantener indemne a la Sociedad Concesionaria de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de Obras Nuevas y/o Complementarias ejecutadas por un tercero contratado por el Concedente.
3. Ponerse de acuerdo con la Sociedad Concesionaria contratista la forma de compensarla por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas."



<sup>3</sup> 1era Etapa con la autopista de 1 sola vía y 2da Etapa cuando se construyese la futura autopista.

- "... la Cláusula 6.21 establece la obligación del Contratista de comprometerse mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionaria."
- "... la Cláusula 6.23 señala que terminada la ejecución de las Obras, el Concedente y la Sociedad Concesionaria suscribirán un acta de entrega de las misma para su puesta en servicio, siendo obligación de la sociedad concesionaria encargarse de la conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega..."
- "... Perú LNG S.R.L. ha firmado con el Concedente un Acta de Compromiso por siete años, para el mantenimiento de las obras que estarán ejecutando, a pesar que de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6.23 y la Sección VII del Contrato de Concesión la conservación y/o mantenimiento del Tramo Vial de la Red Vial N° 6 es de competencia exclusiva de la Sociedad Concesionaria."

8. En virtud de lo anteriormente expuesto, COVIPERU solicita a OSITRAN "...emitir Opinión Técnica Favorable del Incumplimiento por parte del Concedente del Procedimiento que debe seguirse en caso de ejecución de Obras Nuevas, las mismas que refieren a lo siguiente:

- Procedimiento Administrativo de Selección del Contratista que ejecutará las Obras Nuevas, pudiendo ser postor la Sociedad Concesionaria.
- El compromiso del Contratista de no dañar las obras existentes a cargo de la Sociedad Concesionaria, [sic] para lo cual firmará un contrato con cargo a la reposición y al pago de indemnizaciones.
- La Conservación de las Obras Nuevas corresponde a las Sociedad Concesionaria
- El acuerdo entre las partes para compensar a la Sociedad Concesionaria por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas."

9. Como puede observarse, la empresa Concesionaria ha solicitado al organismo regulador, la emisión de una opinión técnica respecto del supuesto incumplimiento en el cual habría incurrido la entidad Concedente.

Al respecto, dado que la determinación del mencionado incumplimiento implica necesariamente la interpretación de los alcances de las cláusulas 6.20 a 6.23 del contrato de concesión, consideramos necesario que éste cuerpo colegiado emita pronunciamiento formal respecto de los alcances de las mencionadas cláusulas; sin perjuicio de que, adicionalmente, formulemos las recomendaciones que resulten necesarias.

10. De esta manera, la presente Resolución tiene por objeto emitir pronunciamiento respecto de los alcances de las siguientes cláusulas del contrato de concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6:

**"Obras Complementarias y Nuevas**

6.20 Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas o Complementarias, convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución



de las mismas de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

6.21 El contratista que resulte elegido en el proceso indicado en el párrafo precedente, se comprometerá mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

6.22 EL CONCEDENTE se obliga a mantener indemne a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, de cualquier reclamo, demanda o litigio derivado de la ejecución de las Obras Nuevas y/o Obras Complementarias en caso éstas hayan sido realizadas por un tercero contratado por el CONCEDENTE.

De igual manera, las partes acordarán la forma de compensar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por los costos adicionales que signifique mantener las Obras Nuevas.

#### **Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias**

6.23 Terminada la ejecución de las Obras, EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA suscribirán un acta de entrega de las mismas para su puesta en servicio.

Corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega, conforme a lo señalado en la Sección 2 del Anexo I del presente contrato.

Dicho procedimiento se aplicará cuantas veces se produzca la necesidad de realizar Obras Nuevas y Complementarias.”

11. Para efectos del análisis de los alcances de las mencionadas cláusulas, hacemos nuestro el análisis efectuado por las Gerencias de Asesoría Legal, de Regulación y de Supervisión, efectuado mediante el Informe de vistos, de fecha 13 de julio de 2007, el cual pasa a formar parte integrante de la presente Resolución.

12. En ese sentido, consideramos que las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, únicamente resultan aplicables en los casos en los cuales el Concedente contrate las obras con cargo a recursos públicos, caso en el que sí es de aplicación la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

13. De otro lado, de conformidad con los derechos establecido en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, a favor del Concesionario y las obligaciones respecto a éste asumidas por el Estado, se debe considerar que el otorgamiento del derecho de vía por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, deberá ser otorgado por éste y ejercido por el tercero, respetando el derecho de concesión otorgado al Concesionario, lo cual comprende sus derechos en cuanto a la explotación económica de los bienes concesionados, el mantenimiento de los mismos y la asunción o exención de responsabilidades, en cada caso.



f

En ese sentido, en el presente caso, la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir al Estado representado por el MTC, a que PERU LNG S.R.L. se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria.

14. Asimismo, teniendo en consideración que, conforme a los siguientes documentos:

- a) Oficio N° 111-2006-MTC/20.6 emitido por PROVIAS NACIONAL, a través del cual dicha institución otorgó su conformidad al Expediente Técnico del Proyecto "Cruce a Desnivel con la Carretera Panamericana Sur- Pampa Melchorita-Lima" presentado por PERU LNG); y,
- b) La Resolución Directoral N° 049-2006-MTC/14, a través de la cual el MTC autorizo a PERU LNG el uso del Derecho de Vía para que ejecute en la Carretera Panamericana Sur, Ruta Nacional 01S, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica: el cruce temporal a desnivel en el Km. 166+991.30, un intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35 y el empalme temporal a nivel en el Km. 168+305.08;

Los costos de la construcción de la obra se encuentran financiados por PERU LNG S.R.L. y no por recursos públicos, por lo que no resulta de aplicación al presente caso, las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión.

En consecuencia, no existe incumplimiento por parte del CONCEDENTE de las obligaciones allí establecidas.

15. Independientemente del origen de los recursos que financien la obra, consideramos que el Estado debe garantizar al CONCESIONARIO, la integridad de las obras existentes a su cargo, razón por la cual recomendamos que el CONCEDENTE disponga que la empresa encargada de la construcción (PERU LNG S.R.L.) se comprometa, *"mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA"*.

16. Teniendo en consideración que la cláusula 6.23 del contrato de concesión no hace distinción alguna respecto del origen de los fondos con los cuales se financia la obra nueva o complementaria, consideramos que dicha cláusula *resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra*, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual:

- (i) Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el MTC entregará a COVIPERU dicha obra para su puesta en servicio.
- (ii) Corresponderá a COVIPERU encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.



- (iii) En ese sentido, el literal B.6 (GARANTIA) del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG S.R.L. de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de 7 años.

Luego que concluya el periodo de garantía a que se comprometió PERU LNG S.R.L., corresponderá a la SOCIEDAD CONCESIONARIA encargarse de la Conservación de las Obras, debiendo el CONCEDENTE ponerse de acuerdo con la CONCESIONARIA para establecer la forma de compensarla por los costos adicionales, de ser el caso, que signifique mantener las Obras, a partir de dicho momento.

17. Finalmente, consideramos conveniente que las partes regulen contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Concedente en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.

18. En consecuencia, en virtud de lo expuesto, éste cuerpo colegiado;

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Interpretar el contrato de concesión de del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, en el sentido que las disposiciones contempladas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, únicamente resultan aplicables en los casos en los cuales el Concedente contrate las obras con cargo a recursos públicos.

En consecuencia, tendiendo en consideración que los costos de la construcción de la obra se encuentran financiados por PERU LNG S.R.L. y no por recursos públicos, no resulta de aplicación al presente caso, las disposiciones establecidas en las cláusulas 6.20, 6.21 y 6.22 del Contrato de Concesión, por lo que no se ha producido un incumplimiento por parte del CONCEDENTE de las obligaciones allí establecidas.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Determinar que la empresa Concesionaria tiene el derecho de exigir al Estado, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, su contraparte en el contrato de concesión; a que PERU LNG S.R.L. se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria.

En ese sentido, recomendamos que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones disponga que la empresa encargada de la construcción (PERU LNG S.R.L.) se comprometa, mediante contrato, con cargo a reposición y al pago de indemnizaciones, a no dañar las obras existentes a cargo de Concesionaria Vial del Perú S.A.

**ARTÍCULO TERCERO.-** Interpretar que la cláusula 6.23 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6), resulta de aplicación a todos los supuestos de ejecución de obra, sea efectuada con recursos públicos o privados, razón por la cual, para el presente caso:



- (i) Terminada la construcción del intercambio vial definitivo en el Km. 167+628.35, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones entregará a Concesionaria Vial del Perú S.A. dicha obra para su puesta en servicio.
- (ii) Corresponderá a Concesionaria Vial del Perú S.A. encargarse de la CONSERVACIÓN de las Obras Nuevas y Complementarias a partir de su entrega.
- (iii) En ese sentido, el literal B.6 (GARANTIA) del Anexo 1 del ACTA DE COMPROMISO USO DE DERECHO DE VÍA suscrita el 29 de mayo de 2006, debe ser interpretado como el compromiso de PERU LNG S.R.L. de solventar el adecuado funcionamiento de la vía repuesta por un periodo no menos de 7 años.

**ARTÍCULO CUARTO.-** Determinar que luego que concluya el periodo de garantía a que se comprometió PERU LNG S.R.L., corresponderá a Concesionaria Vial del Perú S.A. encargarse de la Conservación de las Obras, debiendo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ponerse de acuerdo con la empresa concesionaria para establecer la forma de compensarla por los costos adicionales, de ser el caso, que signifique mantener las Obras, a partir de dicho momento.

**ARTÍCULO QUINTO.-** Recomendar que las partes regulen contractualmente, a través del addendum correspondiente, las obligaciones que tiene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en los casos en que éste autorice el uso del derecho de vía a terceros que asuman el costo de las mismas.

**ARTÍCULO SEXTO.-** Notificar el Informe N° Informe N° 034-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 13 de julio de 2007, a Concesionaria Vial del Perú S.A., Ministerio de Transportes y Comunicaciones y PERU LNG S.R.L.

Notifíquese y Archívese



Juan Carlos Zevallos Ugarte  
Presidente