

SESIÓN EXTRAORDINARIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 724-2021-CD-OSITRAN

A las 10:00 horas del viernes 15 de enero del año 2021, mediante correo electrónico, se inició la Sesión Extraordinaria N° 724-2021-CD-OSITRAN, bajo la Presidencia de la señora Rosa Verónica Zambrano Copello y con la participación de los miembros del Consejo Directivo, señores Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Alex Segundo Díaz Guevara y Julio Alfonso Vidal Villanueva.

La sesión contó además con la participación de los señores Juan Carlos Mejía Cornejo, Gerente General y Luis Sheput Stucchi, Gerente de Asesoría Jurídica, así como de la señora María Cristina Escalante Melchior, en calidad de Secretaria del Consejo Directivo.

La sesión extraordinaria fue realizada en aplicación de los numerales 6.5.1 y 6.5.2 de la Directiva para el Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0022-2020-CD-OSTRAN.

I.- DESPACHO

I.1 **Oficio N° 153-2021-MTC/19 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - Proyecto de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica.**

Los miembros del Consejo Directivo tomaron conocimiento.

II.- INFORMES

II.1 **Memorando N° 00014-2021-GAJ-OSITRAN - Proyecto de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica.**

La Gerencia de Asesoría Jurídica, mediante Memorando N° 00014-2021-GAJ-OSITRAN, informa sobre el plazo para la emisión de la opinión del Regulador respecto de la Propuesta de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica.

Los miembros del Consejo Directivo tomaron conocimiento.

III.- ORDEN DEL DÍA

III.1 **Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S.**

Se puso en consideración del Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0004-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el mismo que fue remitido vía correo electrónico en archivo en word el día 12 de enero de 2021 antes de cerrar la Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo N° 723-2021-CD-OSITRAN, a través del cual las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica emitieron opinión técnica no vinculante respecto de la propuesta de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, en atención a la solicitud remitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Oficio N° 5353-2020-MTC/19.

Con relación a dicho informe el Señor Alex Segundo Díaz Guevara, ha hecho llegar su conformidad al mismo.

Por su parte el Señor Julio Alfonso Vidal Villanueva, hizo llegar las siguientes observaciones y consultas, entre ellas:

1. *Numeral 84. Precisar si la ejecución de labores de mantenimiento periódico del subtramo 5 no son considerados como obras nuevas en virtud de un laudo arbitral y se reguló en la adenda N°7. Respecto del empalme del Subtramo 5 con Av. Tanguis entiende que era una obra temporal para poner en funcionamiento parcialmente la segunda etapa y está regulado en la adenda 7. En consecuencia, no deberían ser consideradas como obras nuevas.*
2. *Numeral 87. Igual comentario*
3. *Numeral 132. De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, la propuesta de la ejecución de obras nuevas es a solicitud del concedente básicamente porque resulta beneficioso ejecutarse en durante la tercera etapa. Como así "no debería considerarse como causal no imputable al concesionario la afectación de la ruta crítica de las Obras de la tercera y Segunda Etapas debido a la ejecución de obras nuevas. Favor aclarar.*
4. *Numeral 158. Se vuelve a recomendar que el MTC "coordine la redacción de dicha cláusula con las entidades competentes en la materia" cuando ninguna norma establece expresamente la coordinación. En todo caso, indicar qué norma establece la coordinación.*
5. *Numeral 176. El Manual se aplica desde su promulgación. Asimismo, entiende que, de las 21 obras nuevas, los expedientes técnicos que se ha aprobado luego de la promulgación del Manual cumplen con lo regulado en este. Sin embargo, sería conveniente precisar que, si bien el Manual está vigente y resulta aplicable, esta aplicación se da en los expedientes técnicos que se encuentran en elaboración y la responsabilidad por el financiamiento de las obras dependerá de la obligación que le corresponda al concedente o concesionario, en el marco del contrato de concesión. En ese sentido, propone la siguiente redacción:*

En ese sentido, en línea con lo manifestado por la Dirección General de Políticas y Regulación en Transporte Multimodal, el Manual de Seguridad Vial se encuentra vigente y es exigible desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, por lo que es de obligatorio cumplimiento para el Concesionario por la cláusula de leyes y disposiciones aplicables del Contrato de Concesión. Asimismo, la referida Dirección General ha indicado que los expedientes técnicos elaborados al amparo de una determinada norma antes de la entrada en vigencia del Manual de Seguridad Vial, se rigen por la normativa que les resulte temporalmente aplicable. Por tanto, corresponde al Concesionario cumplir con la implementación de todas las medidas de seguridad vial que se deriven del Manual de Seguridad Vial con posterioridad a su aprobación y asumir el costo correspondiente de acuerdo a las obligaciones establecidas en el contrato de concesión; destacándose que, en caso se produzca una variación significativa de los ingresos y/o costos del Concesionario de acuerdo con las condiciones contractualmente establecidas, por dichas Leyes y Disposiciones Aplicables, el Concesionario podrá solicitar el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero

6. *Respecto del numeral 177 pareciera que estamos interpretando la cláusula. Ello podría traer contingencias, la interpretación de una cláusula debe seguir el procedimiento. Además, esta cláusula no es parte de la Adenda."*

Por su parte la Presidenta del Consejo Directivo coincidió con lo indicado por el Señor Vidal y en adición formuló las siguientes observaciones y recomendaciones:

"Respecto a los numerales 149 y 153, verificar si son competencia de MEF o de OSITRAN.

Respecto de los numerales 176 y 177: La aplicación del Manual de Seguridad Vial se entiende que obliga para los expedientes técnicos que se elaboren de aquí en adelante, pero no como obligaciones de inversión. Así como se lee, se entiende como que el Manual genera obligaciones de inversión, eso preocupa incluso para otras concesiones. Se debe variar la redacción."

Del mismo modo, dichas observaciones y recomendaciones fueron acogidas por el Señor Alfredo Juan Carlos Dammert Lira.

Sobre el particular, la Administración presentó el Informe Conjunto N° 0006-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, el mismo que se puso en consideración del Consejo Directivo.

Luego de la revisión respectiva, la Presidenta del Consejo Directivo indicó que en relación al Informe Conjunto N° 0006-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) mantiene observaciones, por lo que solicitó el retiro de los numerales 85, 132, 158 y del 175 al 178 y las conclusiones vinculadas a estos, por el siguiente sustento:

“Numeral 84

El numeral 84 debe ser retirado porque corresponde a un análisis interno de OSITRAN fuera del marco de este nuevo procedimiento de adenda. El informe Conjunto N° 00146-2020-IC-OSITRAN fue emitido dentro de un procedimiento de la adenda que el MTC retiró y respecto del cual nunca se emitió pronunciamiento, por lo que escapa al procedimiento en curso.

Numeral 157

Debe ser retirado porque ya se dijo que Ositrán no es competente en las materias que regulan la cláusula Anticorrupción y que la interpretación del MEF es vinculante.

En la explicación que dan las gerencias han indicado que se recomienda coordinar la redacción de dicha cláusula con las entidades competentes a fin de ser coherentes con recomendaciones anteriores, sin embargo, dado que se trataría de un error, pues es una recomendación contraria a la opinión del MEF, y los errores en el derecho no son precedentes válidos, por lo que considero que es la ocasión de corregir en esta opinión.

Numeral 131

Debe ser retirado porque el diseño de la tercera etapa no tiene nada que ver con el de las obras nuevas. Es el Concedente quien le ha solicitado al Concesionario hacer las Obras Nuevas en simultaneo, por ello que la ampliación del plazo se considera por causa no imputable. Además, tal como está redactada la cláusula 4.4., el Concesionario lo solicita y debe sustentar ante OSITRAN, es un pedido que se evalúa y no es en automático.

En la explicación que han dado las gerencias se señala que el Concesionario al aceptar los Expedientes Técnicos, asume el riesgo de diseño y construcción de todas las obras, salvo que existan causas justificadas. Justamente por este motivo, es que en el presente caso las partes han decidido pactar que esta sería una excepción a esa regla, porque el Concesionario sabe que asume el riesgo y en este caso no quiere asumirlo por algo que es un encargo que el Concedente le solicita hacerlo en simultaneo y que, por tanto, puede impactar en su ruta crítica original. Porque si no el Concesionario, que no está obligado a hacerlas antes, podría decirle que las ejecuta luego de culminada la tercera etapa.

Numerales 174 a 177

Deben ser retirados porque constituyen una opinión del Regulador que no guarda relación directa con ninguna cláusula de la adenda propuesta.

Esto es coherente con la competencia que nos ha sido otorgada para emitir opinión técnica sobre la procedencia en la renegociación de los contratos de Concesión, de conformidad con el literal f) del artículo 7 de la Ley 26917.

En tal sentido nuestra opinión debe centrarse en la adenda presentada por el MTC, no respecto a opiniones que el MTC pueda verter sobre aspectos o interpretaciones normativas que trasciendan a la adenda misma.

Ello sin mencionar que los párrafos de 176 en adelante resultan contradictorios con lo expresado en los numerales 96 en adelante del propio informe. En efecto, en el numeral 96 se señala que coinciden con la posición de la Dirección de Políticas y Normas en Transporte Vial, pero luego en el numeral 176 se desdican y dicen que todo el Manual sería exigible a los concesionarios, debiendo implementar todas las medidas de seguridad a su costo.

En efecto, con relación a la aplicación del Manual de Seguridad Vial a las Obras Nuevas, las gerencias han presentado su opinión en los numerales 92 a 97 del informe, donde se concluye, de acuerdo con lo expuesto por el órgano técnico normativo del MTC, y lo afirmado por la DGPPT, que en tanto las (21) Obras Nuevas y sus estudios técnicos fueron encargados antes de la entrada en vigencia del Manual de Seguridad Vial, la ejecución de las 21 Obras Nuevas cuya ejecución se pretende encargar al Concesionario, se encontraría fuera de los alcances de dicho Manual y por lo tanto, el Concedente asume exclusivamente la responsabilidad y sustento de lo expuesto.

Los párrafos 92 a 97 cumplen entonces con presentar nuestra opinión como organismo regulador sobre la adenda presentada en lo que respecta a la aplicación del Manual de Seguridad.

Opinar adicionalmente en los numerales de 174 a 177 sobre la aplicación del Manual de Seguridad Vial escapa a nuestra competencia, además de tratarse de una opinión que funcionarios de OSITRAN mantiene en discrepancia con el MTC desde hace ya algún tiempo.

En mi opinión con esta posición estamos desconociendo el artículo 3.1 de la Ley 26917, que señala que nuestra misión es velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, en el marco de las políticas y normas que dicta el MTC.

En todo caso, considero que el tema de la aplicación del Manual de Seguridad Vial es una discusión que ni siquiera hemos agotado en el interior de este Consejo Directivo con el detenimiento que requiere. Yo por ejemplo tengo una opinión muy similar a la del MTC respecto de los hechos cumplidos. Considero que, tal como ha señalado la Dirección de Políticas y Normas en Transporte Vial el Manual de Seguridad Vial no impacta sobre los expedientes técnicos de los contratos de concesión que se aprobaron y/o ejecutaron antes de su publicación, ya que estos, en su momento, fueron evaluados conforme a la legislación vigente .

Si me parece que sería oportuno, si ustedes lo consideran, abordar formalmente este tema en el Consejo Directivo para entrar al detalle e inclusive considerar emitir alguna interpretación, pero opino que ello merecería una mayor atención y análisis que simplemente cuatro párrafos en el informe de una adenda."

Luego de la evaluación respectiva, el Señor Alfredo Juan Carlos Dammert Lira coincidió con lo manifestado por la Presidenta del Consejo Directivo.

Asimismo, el Señor Julio Alfonso Vidal Villanueva estuvo de acuerdo con cada una de las observaciones y precisiones de la Presidenta del Consejo Directivo, señalando unos aportes adicionales sobre el particular:

"Numeral 131, esta adenda es por pedido expreso del concedente.

Numerales 174 a 177, en efecto, en el numeral 96 se señala que coinciden con la posición de la Dirección de Políticas y Normas en Transporte Vial, pero luego en el numeral 176 se desdican y dicen que todo el Manual sería exigible a los concesionarios, debiendo implementar todas las medidas de seguridad a su costo.

Además, de acuerdo, el Informe del MTC (Dirección de Políticas y Normas en Transporte Vial) señala lo siguiente:

3.18 "De esta forma, tal como se puede apreciar, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103 de nuestra Carta Magna, por lo que la Ley, desde su entrada en vigencia, se aplica las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo materia penal cuando favorece al reo.

Adicionalmente, señala:

3.30 "Ahora bien, respecto a la actualización de los expedientes técnicos debemos indicar que los contratos suscritos y los proyectos en estructuración deben evaluarse por la legislación vigente cuando se materializaron tal como lo establece el numeral 9.2 del artículo 9 del RNGIV, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2020-MTC y la teoría de los hechos cumplidos adoptada por la Constitución Política del Perú"

Finalmente, indicar que de la opinión de los órganos de línea se podría interpretar que por la aplicación del Manual el concesionario debería ejecutar las obras que de ello resulten a su costo. Esto podría originar controversias con los concesionarios. En esa línea el informe del MTC (Dirección de Políticas y Normas en Transporte Vial) en el numeral 3.23 señala que el artículo 9 del RNGIV:

Artículo 9. De la gestión de carreteras por personas o entidades privadas:

(.) 9.2. La aprobación de los estudios viales a cargo de las empresas concesionarias se sujetarán a lo dispuesto en su respectivo contrato de concesión"

Por otro lado, el Señor Alex Segundo Díaz Guevara mantuvo su posición de aprobar el Informe Conjunto N° 0004-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), ya que considera válido el desarrollo y contenido de este, en todos sus extremos.

En tal sentido, considerando las observaciones recogidas tanto para el Informe Conjunto N° 0004-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) y al Informe Conjunto N° 0006-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), la Señora Verónica Zambrano, el Señor Julio Vidal y el Señor Alfredo Dammert dispusieron que las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, en aplicación del último párrafo del numeral 6.7.4. de la "Directiva para el Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo", aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0022-2020-CD-OSITRAN, corrijan los aspectos observados, emitiendo un nuevo informe, con el carácter de muy urgente, a fin que sea aprobado en la Sesión Extraordinaria 724, retirando los párrafos 85, 132, 158 y del 175 al 178 y las conclusiones vinculadas a estos, del Informe Conjunto N° 006-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ).

Siendo las 15:52 horas, mediante correo electrónico se envió a los miembros del Consejo Directivo el Informe Conjunto N° 0007-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), adoptándose el siguiente acuerdo por mayoría, con el voto en discordia del Señor Alex Segundo Díaz Guevara:

**ACUERDO N° 2316-724-21-CD-OSITRAN
de fecha 15 de enero de 2021**

Visto el Informe Conjunto N° 007-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), a través del cual las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica emiten opinión técnica no vinculante respecto de la propuesta de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF; el Consejo Directivo del OSITRAN acordó por mayoría:

- a) Aprobar el contenido del Informe Conjunto N° 007-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), y, en consecuencia, emitir opinión técnica no vinculante del Regulador respecto de la propuesta de Adenda N° 10 al Contrato de Concesión del Tramo: Puento Pucusana – Cerro Azul – Ica.
- b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo con lo expresamente señalado en el numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y en el numeral 138.3 del artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF
- c) Notificar el presente Acuerdo, y el Informe a que se refiere el literal a) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Siendo las 15:52 horas del viernes 15 de enero de 2021, mediante correo electrónico, se dio por concluida la Sesión Extraordinaria.


ROSA VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta


JULIO ALFONSO VIDAL VILLANUEVA
Director


ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
Director


ALEX SEGUNDO DÍAZ GUEVARA
Director