

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 21 de octubre de 2009

Nº 037-2009-CD-OSITRAN

Procedencia : Gerencia de Supervisión

Materia : Interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

La Carta Nº 0553-2009-COVISUR de fecha 18 de agosto de 2009 presentada por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. y el Informe Nº 0905-09-GS-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de octubre de 2007, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC o el Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. – COVISUR (en adelante, el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión).

Interpretación de Oficio de OSITRAN

2. En aplicación a lo establecido en los “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión” aprobados mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, la Administración consideró conveniente realizar la interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

Posiciones de las Partes

3. En aplicación del Principio de Transparencia establecido en los “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión”, el presente proceso de interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión requería ser difundido a los legítimamente interesados, por lo que se cursó comunicación escrita a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. – COVISUR y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a efectos que emitan su opinión sobre el particular.

CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. – COVISUR

4. Mediante Carta N° 0553-2009-COVISUR, recibida con fecha 18 de agosto de 2009, COVISUR da respuesta al pedido de opinión realizado con el Oficio N° 254-09-GG-OSITRAN, indicando lo siguiente:
 - Conforme a lo establecido en la Cláusula 9.10 y en el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión, la Inversión Proyectada Referencial asciende a la suma de US\$ 183 371 948.05, lo cual significa que el valor de supervisión que deberá reconocer el Concesionario, considerando un pago de hasta 4%, asciende a una suma de US\$ 7 334 877.92.
 - De la revisión del Contrato de Supervisión suscrito entre OSITRAN y la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores, observan que:
 - (i) El costo de la supervisión es del orden de US\$ 5 690 335.90, el mismo que se encuentra totalmente regulado con un sustento contractual que contempla la relación obligacional de las partes.
 - (ii) Los pagos al supervisor de Obras son de cuenta de COVISUR y ejecutados de acuerdo al procedimiento establecido mensualmente.
 - (iii) El monto restante a los US\$ 7 334 877.92 se encuentra en el “limbo” pues para el pago de éste, no se cuenta con ningún sustento que genere actividad adicional de supervisión y, consecuentemente, no existirían obligaciones recíprocas que satisfacer.
 - (iv) COVISUR viene cumpliendo con el depósito exigido por OSITRAN y con el pago de las cuotas en los porcentajes señalados, a pesar de no contar con sustento contractual que regule el supuesto gasto que se indica por “seguimiento y control de la supervisión de las mismas”.
 - Respecto a los conceptos relacionados con la Supervisión de Obras, resulta claro los pagos efectuados por concepto del Contrato de Supervisión entre el Supervisor y OSITRAN; sin embargo, no se considera válido un supuesto gasto por “seguimiento y control de la supervisión”, dado que este concepto es parte de la función de supervisión de OSITRAN. En todo caso, si la intención del

Contrato de Concesión hubiera sido contemplar ello como una actividad adicional, también hubiera previsto la sustentación contractual de dichas actividades originando con ello la regularización de carácter obligacional.

- En cuanto al procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la supervisión de Obras, se considera que la forma de pago establecida en el Contrato de Concesión se contradice con el procedimiento establecido en el Contrato de Supervisión, por lo que requieren se precise el procedimiento a seguir.
5. Asimismo, de las reuniones sostenidas entre los representantes de COVISUR con funcionarios de OSITRAN, el Concesionario hizo evidente su inquietud respecto a que requieren se sustente y detalle las actividades y presupuestos relacionados al seguimiento y control que realiza OSITRAN durante la etapa de ejecución de Obras.

MTC

6. No obstante que mediante Oficio N° 255-09-GG-OSITRAN, recibido por el MTC el 10 de agosto de 2009, este Organismo solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones su opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, a la fecha de emisión de la presente Resolución, el Concedente no ha respondido a dicho pedido.

II. OBJETIVO

7. El objetivo del presente acto administrativo es interpretar los alcances de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar los conceptos relacionados con la supervisión de las Obras que son cubiertos por el Concesionario conforme lo señalado en la citada cláusula.

III. ANÁLISIS

8. Con el fin de emitir el presente pronunciamiento se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:
- A. Marco jurídico y contractual de interpretación del Contrato de Concesión
 - B. Marco Jurídico y Contractual de la Facultad de Supervisión de OSITRAN
 - B.1 Respecto al desarrollo normativo de la facultad de supervisión de OSITRAN
 - B.2 Respecto al desarrollo normativo de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones
 - B.3 Respecto al desarrollo contractual de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones

C. Análisis de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión

C.1 Respecto de los conceptos que son de cargo del Concesionario para cubrir las actividades derivadas de la supervisión de obras.

C.2 Respecto del procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de las Obras.

A. MARCO JURÍDICO Y CONTRACTUAL DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

9. El Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece que es función de OSITRAN el interpretar los contratos de concesión:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)”

10. Sobre el particular, el Artículo 62º de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase:

Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)

11. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los que se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación, los cuales resultan plenamente aplicables a la facultad de interpretación que ejerce OSITRAN:

Artículo 168.- Interpretación objetiva

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

12. Sobre el particular, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión” (en adelante los Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos “(...) *tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)*”
13. Respecto a las materias sobre las cuales OSITRAN puede pronunciarse, el ítem 6.1 de los Lineamientos señala que “*OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (...)*”
14. Asimismo, respecto a los criterios de interpretación aplicables a OSITRAN, el citado ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:

“(...)

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. El método histórico implica recurrir a contenidos de antecedentes del contrato de concesión o normas directamente vinculadas; detecta la intención del promotor de la inversión privada.

Finalmente, en el caso en que un determinado aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato no hubiese sido definido por éste, se aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. En este supuesto, si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis también es válido recurrir a la Analogía. La analogía significa completar o integrar un vacío normativo aplicando a un caso concreto no previsto, en este caso, por el Contrato de Concesión, ni por el marco regulatorio, normas similares y/o principios generales del Derecho. En tal sentido, el mecanismo de integración se podrá aplicar siempre que no hubiese una previsión contractual ni una norma aplicable supletoriamente; en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión”

15. Adicionalmente, el Artículo 1362º del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Lo cual implica que, en concordancia con lo establecido por el Artículo 168º del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe, siendo importante mencionar que en la fase de ejecución de los contratos, la buena fe tiene por meta integrar lo establecido en dichos instrumentos.

16. Por otra parte, la Sección XVI del Contrato de Concesión establece los criterios de interpretación a seguir en dicho instrumento, entre los cuales resaltamos los siguientes:

- En caso de divergencia en la interpretación del Contrato, el orden de prelación para resolver dicha situación será el siguiente: a) El Contrato; y, b) Las Bases.
- Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.
- Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.
- El uso de la disyunción “o” en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.
- El uso de la conjunción “y” en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.

17. Conforme a lo señalado por GUTIÉRREZ¹, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

“(...) no es posible interpretar los actos jurídicos sin utilizar los criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no sólo para las partes sino para los jueces o árbitros y cualquier otro intérprete. (...)”

¹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter: “Interpretación del Acto Jurídico”, EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.

18. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios establecidos en el Código Civil, deben tenerse en consideración de manera complementaria los criterios establecidos en la Sección XVI del Contrato de Concesión.
19. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

*Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico
Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*

20. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión asignada a OSITRAN, queda claro que:
 - i) Conforme a lo establecido por el Artículo 62º de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
 - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168º a 170º), como en los Contratos de Concesión (Sección XVI).
 - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - iv) Conforme a lo dispuesto por los Artículos 168º y 1362º del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.
21. En virtud de lo expuesto, a continuación procederemos a delimitar el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión, así como a las condiciones o estipulaciones contractuales establecidas y con ello realizar la labor de interpretación.

B. MARCO JURÍDICO Y CONTRACTUAL DE LA FACULTAD DE SUPERVISIÓN DE OSITRAN

B.1 Respecto al desarrollo normativo de la facultad de supervisión de OSITRAN

22. De conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante la Ley), se crea al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público -

OSITRAN- como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, el mismo que tiene como misión velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

23. Asimismo, el literal a) del numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley señala que es función de OSITRAN el “*administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito*”; en tanto que el numeral 7.2 del citado artículo dispone que para el adecuado cumplimiento de sus funciones, OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas.
24. Por su parte, el Artículo 32º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante el Reglamento) define la función supervisora que ejerce OSITRAN de la siguiente manera:

“Artículo 32.- Definición de Función Supervisora:

La función supervisora permite al OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las ENTIDADES PRESTADORAS² y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los USUARIOS. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas.

(...)”

25. Como se puede observar, es facultad de este Organismo el verificar el cabal cumplimiento de las diversas obligaciones del Concesionario, sean éstas obligaciones legales de carácter general o técnico así como a compromisos contractuales asumidos en su calidad de titular de la concesión de infraestructura de transporte que le ha sido otorgada.

² El Artículo 1º del Reglamento entiende por Entidad Prestadora:

“Artículo 1.- Definiciones:

Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

(...)

k) ENTIDAD PRESTADORA: Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de INFRAESTRUCTURA nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, los son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943.

Para efectos del ejercicio de las funciones de supervisión del OSITRAN, se considerará Entidad Prestadora a aquella que realiza actividades de utilización total o parcial de INFRAESTRUCTURA de transporte de uso público, calificada como Facilidad Esencial, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, contrato de acceso, asistencia técnica y similares.”

26. En este punto es importante indicar que el Artículo 1º del Reglamento establece cómo entender las actividades de supervisión que ejerce este Organismo Regulador, las mismas que puede ser encargadas a terceros, conforme se observa a continuación:

“Artículo 1.- Definiciones:

Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

(...)

b) ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN: Actos del personal de OSITRAN o autorizado por éste que, bajo cualquier modalidad, tengan por objeto obtener información y/o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente ante OSITRAN por parte de las Entidades Prestadoras, sobre aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia.

(...)

j) EMPRESA SUPERVISORA: Persona natural o jurídica, de reconocido prestigio y solvencia, especializada en brindar servicios para la ejecución de ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN por parte de OSITRAN, efectuando por encargo determinadas funciones de supervisión que corresponden a OSITRAN conforme a lo establecido en los Artículos 33 al 36 del presente Reglamento y al Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, así como sus ampliatorias y modificatorias.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

27. Respecto del alcance de las tareas de supervisión, de la ejecución de las mismas y de la responsabilidad de las Empresas Supervisoras, dichos aspectos se encuentran regulados en el Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2001-PCM³

³ *“Artículo 3.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá como:*

(...)

INFORME DE SUPERVISION: Documento que deben presentar las EMPRESAS SUPERVISORAS como resultado de las acciones descritas en el presente Reglamento, con una periodicidad y contenidos acordes con las actividades de supervisión que se realicen, sean éstas continuas o especiales. Dicho Informe incluirá necesariamente una relación detallada de las conclusiones y, de ser el caso, recomendaciones y el respectivo plan de acción, el mismo que será propuesto al órgano funcional competente de OSITRAN.

(...)

“Artículo 4.- Los exámenes que practiquen las EMPRESAS SUPERVISORAS comprenderán principalmente:

a. El cumplimiento de las obligaciones legales y, de ser el caso, de las obligaciones que consten en los respectivos contratos de concesión, incidiendo en el siguiente listado enunciativo de actividades: inversiones en mejoras obligatorias y eventuales; planes de diseño de ejecución de obras y trabajos; (...); aplicación de reglamentos técnicos;

(...)

b. El cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros similares que se deriven de las normas vigentes o del respectivo contrato de concesión, según corresponda.

c. El cumplimiento de los reglamentos, normas y procedimientos establecidos por OSITRAN.

En el caso de supervisiones especiales, dichos exámenes estarán orientados únicamente a la supervisión oportuna de las actividades señaladas en las Bases del respectivo procedimiento de selección.

(...)

Artículo 17.- La supervisión a cargo de las EMPRESAS SUPERVISORAS deberá realizarse respetando los criterios, principios y reglas establecidos en el Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 007-99-CD/OSITRAN, normas modificatorias y complementarias.

28. Adicionalmente, respecto a las Actividades de Supervisión, éstas se encuentran desarrolladas en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN (en adelante el Reglamento de Supervisión), en cuyo Artículo 15° se indica que “las obligaciones de las Empresas Supervisoras estarán especificadas en los contratos que se suscriban e incluirán las disposiciones del Reglamento aplicables para el ejercicio de sus actividades”. Sobre este aspecto, cabe mencionar que en los contratos suscritos con los supervisores de obras en el marco del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM establecen la revisión por parte de OSITRAN del fiel cumplimiento de sus labores, es decir, este organismo hace un seguimiento y control de la correcta ejecución de la supervisión de las obras en los tramos concesionados⁴.

Artículo 18.- Las EMPRESAS SUPERVISORAS remitirán a OSITRAN en nombre de la entidad por la cual actúan, el INFORME DE SUPERVISIÓN correspondiente, de acuerdo al cronograma establecido en cada contrato. El informe tendrá carácter de Declaración Jurada sujeto a las responsabilidades de la LEY y será suscrito por los profesionales de la EMPRESA SUPERVISORA que intervinieron en los exámenes practicados, incluyendo los exámenes especiales, en el caso de las supervisiones continuas. Dichos informes deberán realizarse sobre la base de las obligaciones contenidas en los contratos de locación de servicios suscritos, comprendiendo todos los temas de importancia e interés involucrados en la supervisión realizada.

Artículo 19.- Las Guías de Supervisión tendrán los criterios, contenidos y formatos especificados en las Bases de los respectivos procedimientos que se convoquen para la selección de las EMPRESAS SUPERVISORAS, y serán elaborados de acuerdo a las tareas concretas objeto de la supervisión. OSITRAN, supervisará el cumplimiento de los criterios y pautas establecidos en la Guía de Fiscalización por parte de las EMPRESAS SUPERVISORAS, criterios que servirán asimismo para la evaluación de los informes de supervisión y la emisión de las conclusiones correspondientes por parte de OSITRAN.

(...)

⁴ Sobre el particular, el Reglamento de Supervisión establece las actividades de supervisión, las cuales abarcan labores adicionales a las prestadas por las Empresas Supervisoras, conforme se observa a continuación:

“Artículo N° 10.- Actividades de Supervisión

El ejercicio de la función supervisora se realiza a través de las siguientes actividades de supervisión:

a) Reunión de Trabajo: Actividad que consiste en reunirse para obtener información de la Entidad Prestadora, y/o coordinar acciones sobre la gestión de una determinada materia. En esta actividad se podrá incluir la obtención de información preliminar sobre las acciones de la Entidad Prestadora para el cumplimiento de sus obligaciones en cualquiera de las materias de supervisión.

Para tal fin, el Órgano Supervisor podrá convocar a los siguientes participantes:

- La Entidad Prestadora,
- Los usuarios,
- Las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN,
- Otros involucrados o afectados en el tema a tratar.

La Reunión de Trabajo puede realizarse en la sede del Órgano Supervisor o en el lugar que éste designe, y su resultado se hará constar en un Acta de Reunión de Trabajo.

b) Supervisión de gabinete: Actividad de supervisión que consiste en verificar el cumplimiento de las obligaciones de las Entidad Prestadora a través de la evaluación de información que ésta remita, que se encuentre en su página web, o que sea proporcionada por terceros. Su resultado constará en un Informe de Supervisión.

c) Inspección: Actividad de supervisión que consiste en verificar el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Prestadoras, en sus propias instalaciones, o en la infraestructura que administre. Esta actividad se realizará por más de un funcionario siempre y cuando se cuente con la disponibilidad de recursos. Su resultado constará en un Acta de Inspección.

d) Supervisión Permanente: Actividad de supervisión a través de la cual se verifica de manera continua, las acciones que realiza la Entidad Prestadora para cumplir una obligación específica, como por ejemplo: el diseño y construcción de obras civiles, mecánicas, electromecánicas, etc., durante la etapa de ejecución de las mismas y en las instalaciones o zonas donde éstas se estén llevando a cabo. Puede incluir el uso de equipos e instrumentos de OSITRAN o de la Empresa Supervisora que son instalados en la infraestructura de la Entidad Prestadora.

La ejecución de esta actividad puede incluir también actividades de gabinete o de inspección; su resultado podrá constar en Actas, Informes de Supervisión, o en Informes que podrán ser emitidos en forma periódica.”

29. Asimismo, en virtud a lo establecido en la Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión⁵, le corresponde a OSITRAN efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII del mismo Contrato. Por otro lado, según el Artículo 32º del Reglamento, dentro de su función supervisora, la ejecución del seguimiento y control de la supervisión de las obras contempla actividades inherentes al monitoreo de dicha supervisión para los fines exclusivos del Contrato de Concesión lo que permitirá a OSITRAN medir y supervisar regularmente el avance de las obras, a fin de identificar las variaciones respecto del Plan de Gestión del Proyecto, de tal forma que se tomen las medidas correctivas cuando sea necesario y en forma oportuna, en cumplimiento de los objetivos del Proyecto de Ingeniería de Detalle – PID.
30. Por ello se puede decir que OSITRAN cumple sus funciones y atribuciones en materia de Supervisión de la ejecución de obras, de manera directa y/o mediante tercerización de servicios. Esta función supervisora incluye actividades complementarias de seguimiento y control, las cuales constituyen acciones que OSITRAN viene ejecutando de manera directa o a través de la contratación de servicios específicos especializados que únicamente están vinculados a las actividades enmarcadas en los respectivos contratos de concesión, según corresponda.
31. De lo mencionado se puede concluir que las facultades de supervisión de OSITRAN incluye aquellas actividades que se han delegado a las Empresas Supervisoras, así como a las actividades de control y seguimiento que realiza este Organismo a las citadas empresas, actividades que como se mencionó anteriormente, tienen por efecto observar el correcto cumplimiento y ejercicio de las obligaciones delegadas a terceros, puesto que repercute directamente en la función supervisora de OSITRAN, debido a que la tercerización que permite el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM no enerva la función de supervisión que ostenta OSITRAN por mandato legal, aspecto que también ha sido recogido en el Contrato de Concesión⁶.

B.2 Respetto al desarrollo normativo de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones

32. Conforme se señaló anteriormente, la Ley establece que el OSITRAN cuenta, entre otros atributos, con autonomía económica y financiera.
33. La autonomía económica y financiera con la que debe contar los Organismos Reguladores representa un aspecto esencial, puesto que le permiten a éstos

⁵ “6.2 Corresponde al REGULADOR directamente o a través del supervisor de Obras, efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII. En el caso que el REGULADOR opte por designar a un supervisor de Obras, deberá informar fehacientemente por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato con el supervisor antes indicado.”

⁶ El primer párrafo de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:
“15.5 El REGULADOR podrá designar a un supervisor de Obras, el mismo que tendrá las funciones que el primero le asigne. La titularidad de la función del REGULADOR no se enerva con la designación del supervisor.
(...)”

proveerse de la logística necesaria para el cumplimiento eficiente de sus funciones, lo cual contribuye con las otras dimensiones donde se refleja su autonomía institucional.

34. Por lo general, las actividades que realizan los Organismos Reguladores se financian con los aportes que provean las propias Entidades Prestadoras que se encuentran bajo su ámbito de regulación, lo cual le permite contar con recursos estables y garantizados.
35. Esta forma de financiamiento de las actividades de los Organismos Reguladores fortalece su autonomía puesto que libera a dichas entidades del control presupuestario directo del gobierno, y conlleva a una utilización de sus recursos conforme a sus objetivos y fines. Esto permite además la constitución y consolidación de una Entidad con alta capacidad técnica, lo cual repercute de manera directa en la verificación del cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales y/o legales a las cuales se comprometen las Entidades Prestadoras.
36. Esta modalidad de financiamiento de los Organismos Reguladores se sustenta en el hecho que si bien el costo de una supervisión eficiente es por lo general relativamente alto, el costo de una supervisión débil ha demostrado ser mucho mayor, razón por la cual resulta necesario que se provea a dichas entidades de los recursos suficientes para el correcto ejercicio de sus funciones, actividad que no sólo demanda un trabajo laborioso con profunda capacidad técnica por parte de estas entidades, sino que dicha actividad requiere ser ejercida con neutralidad y autonomía.
37. De esta manera, se permite que el Organismo Regulador se fortalezca con buenos profesionales o pueda contratar a terceros altamente calificados, lo cual representa una garantía de una correcta gestión, logrando de esa manera mantener su independencia e imparcialidad en el control y supervisión de aquellas actividades encomendadas por la Ley o por los contratos que suscriba el Estado con el sector privado.
38. Por ello, en caso no se dote de recursos presupuestarios suficientes a dichos organismos, ello no permitirá un adecuado desarrollo de sus funciones y a su vez limitará la autonomía que deben tener dichas entidades respecto de los grupos de interés que influyen en su actividad (Gobierno, Entidades Prestadoras y usuarios).
39. Respecto a los recursos de los Organismos Reguladores, el Artículo 10º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que *“los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros,*

*refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.*⁷

40. Sobre el régimen económico y financiero que rige específicamente a OSITRAN, el Artículo 14º de la Ley señala lo siguiente:

“Artículo 14.- Recursos

Constituyen recursos propios de OSITRAN:

a) La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

Constituye infracción grave del concesionario no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.

b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.

c) Los ingresos financieros que generen sus recursos.”

(El subrayado es nuestro)

41. A su vez, los Artículos 62º y 64º del Reglamento establecen lo siguiente:

“Artículo 62.- Recursos.

Constituyen recursos propios del OSITRAN:

a. El aporte por regulación que deberán pagar las empresas bajo su competencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 de la LEY.

b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

c. Transferencias de Entidades del Sector Público.

d. Tasas, derechos e ingresos que le correspondan por ley.

e. Otros ingresos propios de su actividad.

(...)

Artículo 64.- Recursos adicionales

El OSITRAN queda autorizado a obtener recursos de organismos nacionales o internacionales de cooperación técnica a través de créditos o donaciones.”

(El subrayado es nuestro)

42. De acuerdo a lo establecido en el literal b) del Artículo 14º de la Ley y en el Artículo 62º del Reglamento, constituyen recursos propios de esta entidad, los aportes que bajo cualquier título puedan ser provistos por personas jurídicas, como pueden ser aquellos aportes que por vía contractual decidan el Concedente y el Concesionario para el correcto cumplimiento de obligaciones de cargo del Regulador que se incluyen en dicho contrato.

⁷ Para el caso específico de OSITRAN, mediante Decreto Supremo N° 104-2003-PCM, se determinó que el aporte que deben efectuar las entidades o empresas que se encuentran bajo el ámbito de este Organismo Regulador representa el 1% de su facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

43. Sobre este punto, y conforme se desarrolla más adelante, el Contrato de Concesión ha determinado que los recursos necesarios para el cabal cumplimiento de las actividades derivadas de la supervisión de las Obras sean provistos por el Concesionario, sin que ello afecte los aportes por concepto de regulación que se establecen en el Artículo 10º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

B.3 Respecto al desarrollo contractual de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones

44. El Contrato de Concesión determina que OSITRAN es el encargado, entre otras actividades, de la supervisión de las Obras, de la Conservación⁸ y Explotación⁹.
45. Asimismo, la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión señala que el Concesionario es el encargado de asumir los costos derivados de la potestad de supervisión que ostenta OSITRAN, tal como se indica a continuación:

“15.4 Los costos derivados de las actividades de supervisión serán asumidos por el CONCESIONARIO, quien pagará al REGULADOR los montos indicados en la Cláusula 9.10 y en la Cláusula 15.11 del Contrato en las oportunidades indicadas en dichas cláusulas.

En caso que el CONCESIONARIO no cancele el monto indicado en las Cláusulas 9.10 y 15.11, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hasta el monto indicado, sin perjuicio del cobro de las multas administrativas previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

46. Respecto del concepto y monto del aporte al que tiene derecho OSITRAN establecido en la Cláusula 15.11 del Contrato de Concesión, éste se encuentra relacionado con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, conforme se aprecia a continuación:

“15.11 El REGULADOR estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el Artículo 14º de la Ley N° 26917

⁸ La Cláusula 7.4 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

“7.4.- Corresponde al REGULADOR ejecutar las acciones de fiscalización técnica que le competen para el desarrollo de las labores de Conservación indicadas en esta Sección del Contrato”

⁹ La Cláusula 8.3 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

“8.3.- Corresponde al REGULADOR efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen para el desarrollo de las labores de Explotación de la Concesión indicadas en esta sección del Contrato.

El REGULADOR, estará a cargo de la verificación del cumplimiento de la obligación del CONCESIONARIO, de mantener determinados parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con estándares e índices de serviciabilidad propios de la Explotación del Tramo, previstos en el presente Contrato.”

y Artículo 10º de la Ley Nº 27332, en los términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales.”

47. Como se puede observar, el Contrato de Concesión estipula que el Concesionario es el obligado de asumir los gastos que demanden las actividades de supervisión que realizará esta Entidad, cuyo desembolso se efectuará en las oportunidades que se señalan en la normativa de la materia¹⁰ así como en lo establecido en el citado contrato.
48. Igualmente, de la lectura de las Cláusulas 15.4 y 15.11 del Contrato de Concesión, se puede determinar de manera general que los costos derivados de las actividades de supervisión son costeados por el Concesionario con los aportes por regulación establecidos en el Artículo 10º de la Ley Nº 27332.
49. Sin embargo, y conforme se observará a continuación, para los gastos derivados que demande las diversas actividades relacionadas con la supervisión de Obras, el Contrato de Concesión ha considerado un procedimiento y una fuente distinta a la establecida en la Cláusula 15.11.

C. DEL ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA 9.10 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

C.1 Respetto de los conceptos que son de cargo del Concesionario para cubrir las actividades derivadas de la supervisión de Obras

50. Como se indicó anteriormente, el Contrato de Concesión ha establecido que para costear las actividades de supervisión de Obras que realiza el Regulador, a diferencia de las labores de supervisión de Conservación del tramo vial y de la Explotación de los bienes que conforman la Concesión, ha sido decisión de las Partes que suscriben el Contrato de Concesión el establecer aportes específicos para la supervisión del correcto cumplimiento de las obligaciones del Concesionario durante la etapa de Construcción.
51. Este procedimiento específico se encuentra desarrollado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, conforme se indica a continuación:

“9.10 El CONCESIONARIO asumirá los gastos que demande la supervisión de Obras durante el período de obras; así como el seguimiento y control de la supervisión de las mismas para los fines exclusivamente de este Contrato.

Para este efecto, el CONCESIONARIO deberá abonar al REGULADOR hasta un monto equivalente al 4.0% de la Inversión Proyectada Referencial.

La supervisión será pagada por el CONCESIONARIO como sigue:

¹⁰ Para el caso específico del aporte por regulación que se determina en el Artículo 10º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, resulta aplicable lo establecido en el Reglamento del Aporte por Regulación de OSITRAN, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo Nº 007-2003/CD-OSITRAN, y la Directiva de Aporte por Regulación, aprobada mediante Resolución de Presidencia Nº 030-2008-PD-OSITRAN.

- *Primera cuota (por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle): 10% del monto correspondiente a la supervisión a la supervisión de las obras a pagarse a los diez (10) Días Calendario de suscrito el contrato de supervisión.*

El saldo del pago por Supervisión de obras, en dos cuotas, cuya periodicidad será la siguiente:

- *Segunda cuota, equivalente al 60% del monto correspondiente a la supervisión de las obras; a los 30 Días Calendario del Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras.*
- *Tercera cuota, equivalente al 30% del monto correspondiente a la supervisión de las Obras, a los 30 Días Calendario de la culminación de la Etapa de Ejecución de Obras.”*

52. Considerando que resulta clara la obligación del Concesionario de asumir los costos derivados de la supervisión de las Obras, corresponde establecer los conceptos que se encuentran relacionados con la supervisión de Obras.
53. Para ello, es importante recordar las condiciones que la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión establece al Concesionario, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:
 - Los costos derivados de las actividades de supervisión serán asumidos por el Concesionario, quienes pagarán al OSITRAN los montos indicados en la Cláusula 9.10 del Contrato en las oportunidades que se indique en la citada cláusula.
 - En caso de incumplimiento, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hasta el monto indicado, sin perjuicio del cobro de las multas administrativas previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones.
54. De acuerdo a lo señalado en el primer párrafo de la Cláusula 9.10 se establece que el Concesionario asume los gastos que demande i) la supervisión de Obras, así como ii) el seguimiento y control de la supervisión de las mismas.
55. Como se puede apreciar, el primer párrafo de la Cláusula 9.10 indica de manera general las dos actividades que deben ser solventadas por el Concesionario. El único límite que se impone en dicho párrafo está referido al hecho que los gastos que asumirá el Concesionario producto de dichas actividades se referirán única y exclusivamente a los fines que se determinen en cada Contrato de Concesión, con lo cual se evita que dichos montos sean utilizados por el Regulador en otras actividades establecidas en el propio contrato u otras otorgadas por la normativa de la materia, como por ejemplo sucede con el aporte por regulación establecido en la Ley N° 27332.

56. Por ello, podemos señalar en este punto, que el compromiso de pago asumido por el Concesionario para cubrir los costos que demande las diversas actividades de supervisión de obra nace por vía contractual, es decir es una obligación que es producto del acuerdo de voluntades al que han llegado las Partes para cubrir de forma particular y específica los fines que se precisan en dicho instrumento.
57. Ahora bien, de la lectura de la Cláusula 9.10, se puede establecer que la actividad “supervisión de Obras” se encuentra a su vez subdividida en dos actividades: i) la evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y; ii) la supervisión de las Obras propiamente dicha.
58. Sobre la actividad de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle - PID¹¹, ésta nace de la obligación de OSITRAN de evaluar el mencionado documento presentado por el Concesionario, en base al cual se elaborará el Programa de Ejecución de Obras – PEO¹² y se ejecutarán las Obras de Construcción, conforme al procedimiento establecido en las Cláusulas 6.4 a 6.8 del Contrato de Concesión.
59. Asimismo, conforme lo señalado en la Cláusula 1.6 y 13.5 del Contrato de Concesión¹³, dentro de las actividades de evaluación del PID se considera la revisión del Estudio de Impacto Ambiental – EIA puesto que ambos documentos se encuentran directamente relacionados y por tanto requieren estar concordados.
60. Respecto a la actividad de la supervisión de las Obras propiamente dicha, es aquella actividad de fiscalización que corresponde al Regulador que se desarrolla

¹¹ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión indica que el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) “es el Proyecto de Ingeniería que le corresponde desarrollar el CONCESIONARIO para cada sector de acuerdo al Anexo VIII. Este deberá someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 6.4 a 6.8 del Contrato de Concesión”.

¹² La Cláusula 1.6 precisa que el “Programa de Ejecución de Obras” “es el documento en el que consta la programación mensual valorizada de la ejecución de las Obras de Construcción, el cual deberá presentarse conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.12 y 6.13 del Contrato”.

¹³ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

“1.6.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

Es el estudio conforme lo dispuesto en la Cláusula 13.5 y siguientes del presente Contrato, que tiene como objetivo identificar, predecir, interpretar, valorar y comunicar los impactos ambientales y sociales que la Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión, podrían ocasionar en los diversos componentes del ambiente, calidad de vida, patrimonio cultural y arqueológico en las zonas de influencia de la Concesión (zonas establecidas por los requerimientos de impacto ambiental), así como el impacto de los mismos sobre la Concesión; además propone las medidas correctivas más apropiadas para evitar que la concurrencia de impactos ambientales perjudique la salud y bienestar de las personas.

El EIA será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE en concordancia, con el Proyecto de Ingeniería de Detalle, y será aprobado por la Autoridad Ambiental Competente de acuerdo a Ley.”

A su vez, la Cláusula 13.5 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

“15.5.- Serán de cumplimiento obligatorio los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) el cual será elaborado por el CONCESIONARIO en concordancia con el Proyecto de Ingeniería de Detalle.

(...)”

en la Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión¹⁴, la misma que puede ser realizada a través de un supervisor de obras. Sin embargo, corresponde aclarar que lo señalado en la precitada cláusula no se refiere únicamente a las actividades que realiza el Supervisor de Obras toda vez que la actividad de supervisión incluye además la verificación por parte de esta Entidad del cabal cumplimiento de las obligaciones del tercero contratado, tal y como se ha indicado a lo largo del presente documento.

61. A colación de lo señalado anteriormente, las actividades derivadas del seguimiento y control de la supervisión de las labores del supervisor de Obras tienen su origen justamente en la eventualidad que el Regulador requiera la contratación de un tercero para que se encargue de las acciones de fiscalización técnica durante el desarrollo de las Obras, por lo que debe vigilar que dichas actividades se realicen conforme a los términos técnicos y a los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión, en el contrato de supervisión suscrito y en las normas técnicas correspondientes.
62. Esta actividad de vigilancia toma relevancia por el hecho que el primer párrafo de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión establece que “(...) *la titularidad de la función del REGULADOR no se enerva con la designación del supervisor (...)*”, con lo cual se hace necesario que esta entidad requiera realizar un estricto control y seguimiento de las actividades que realiza el supervisor de Obras, dado que asume la responsabilidad frente a las Partes sobre la verificación de las condiciones técnicas establecidas en el Contrato de Concesión.
63. Como se aprecia, la actividad de seguimiento y control que corresponde al Regulador se encuentra ligada con las actividades de supervisión propiamente dicha y por tanto resulta fundamental para el cabal ejercicio de la potestad de supervisión de OSITRAN establecida por la normativa de la materia.
64. Es en base a lo mencionado que las actividades de seguimiento y control de la supervisión de Obras se encuentran contenidas dentro de los costos que deben ser asumidos por el Concesionario, obligación que como se indicó anteriormente, surge por acuerdo entre las Partes. No incluir dichos conceptos dentro de las actividades de supervisión de Obras, debilitaría la potestad de supervisión en sí misma, lo cual conllevaría a mayores gastos por parte de las Partes del Contrato de Concesión ante una defectuosa verificación de los parámetros técnicos contractualmente establecidos, afectando de esa manera a los objetivos trazados por el Estado, a los intereses de los inversionistas y a los usuarios de las vías concesionadas.

¹⁴ “6.2 Corresponde al REGULADOR directamente o a través del supervisor de Obras, efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII. En el caso que el REGULADOR opte por designar a un supervisor de Obras, deberá informar fehacientemente por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato con el supervisor antes indicado.”

65. Por tanto, podemos concluir en este extremo que los conceptos que comprenden la actividad de supervisión de obras que indica la Cláusula 9.10 son los siguientes:

i) Supervisión de Obras, la cual se subdivide en:

- Evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y;
- La supervisión de las Obras propiamente dicha

ii) El seguimiento y control de la supervisión de las Obras.

C.2 Respetto del procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de Obras

66. Una vez identificado los conceptos que componen las actividades derivadas de la supervisión de las Obras, resulta conveniente revisar el compromiso asumido por el Concesionario.

67. Así, de la lectura conjunta del primer y segundo párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión se aprecia que para los gastos que demande la supervisión de Obras (entiéndase la evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y la supervisión de las Obras propiamente dicha) y su seguimiento y control respectivo, el Concesionario deberá abonar a favor del Regulador hasta un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial¹⁵.

68. Además, de la lectura conjunta de las Cláusulas 9.10 y 15.4 del Contrato de Concesión, se observa que el Concesionario se ha comprometido en abonar a favor del Regulador hasta un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial calculada en cada tramo vial para cubrir las actividades de supervisión establecidas en la Cláusula 9.10 y que acabamos de detallar.

69. Por ello, de la sola revisión de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, no es posible entender que los únicos conceptos que son cubiertos por el Concesionario son aquellos referidos a la evaluación del PID y de la supervisión de la Obras que realizan los supervisores de Obras contratados por el Regulador, dado que la citada cláusula resulta clara en su redacción.

70. En vista a lo mencionado, en caso el Concesionario no cumpliera con asumir los gastos derivados por seguimiento y control de la supervisión de las Obras, no sólo representaría un incumplimiento a una obligación contractual¹⁶, sino que

¹⁵ Conforme a lo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, la "Inversión Proyectada Referencial" "es aquella establecida en el Anexo V del presente Contrato, siendo su utilización única y exclusivamente para efectos de los cálculos previstos en el Contrato". Así, corresponde señalar que el Anexo V del Contrato de Concesión precisa la Inversión Proyectada Referencial.

¹⁶ Sobre este aspecto, corresponde observar el compromiso asumido por el Concesionario de honrar todas las obligaciones incluidas en el Contrato de Concesión, tal y como se observa a continuación:

"3.1.- El CONCESIONARIO garantiza al CONCEDENTE, en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad de las siguientes declaraciones:

(...)

además facultaría al Regulador, en aplicación de la Cláusula 15.4, de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión establecido en la Cláusula 11.3 del Contrato de Concesión¹⁷ y al cobro de las multas administrativas que correspondan en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y modificado por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN y N° 005-2007-CD-OSITRAN.

71. De lo comentado, se puede concluir que, en este extremo, la Cláusula 9.10 establece que el Concesionario se ha obligado a asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras (detallados en la Sección C.1 del presente documento), y para los fines exclusivos determinados en el Contrato de Concesión.
72. De otro lado, respecto al monto que el Concesionario abonará a favor del Regulador para cubrir las actividades vinculadas a la supervisión de Obras, dado que el carácter autónomo de este Organismo en materia económica y financiera tiene por efecto que se le provea de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, corresponde señalar que la obligación del Concesionario tiene por objeto solventar de manera debida las actividades de supervisión de obras que realice el Regulador, faculta a este último de hacer exigible el porcentaje equivalente señalado en la Cláusula 9.10.
73. Sobre estos aspectos es importante indicar que de la información brindada por la administración, se advierte que ellos no cuestionan su obligación de pagar los conceptos referidos a control y seguimiento, sino que requieren conocer los alcances y las actividades que se encuentran incluidas en dicho concepto.
74. Es en base a lo mencionado que el Concesionario ha venido abonando su compromiso de asumir los costos derivados por supervisión de Obras conforme a lo exigido por este Organismo, no obstante que requerían un mayor sustento respecto a los costos asociados al seguimiento y control de la supervisión de Obras.
75. De lo mencionado por el Concesionario, corresponde recalcar que el carácter autónomo con el que cuentan los Organismos Reguladores en materia económica y financiera no sólo tiene por efecto proveer a dichas entidades de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas

c) El presente Contrato comprende un conjunto de obligaciones legales y válidas del CONCESIONARIO y por medio de la presente declaración, este último garantiza que honrará todas y cada una de las obligaciones en él contenidas, sujetándose en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables."

¹⁷"*Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión*

*11.3.- A fin de garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, derivadas de la celebración del Contrato, el CONCESIONARIO hace entrega de una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión emitida a favor del CONCEDENTE y/o del REGULADOR, A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL Contrato de Concesión, de conformidad con lo establecido en el Literal e) de la Cláusula 3.3 del presente Contrato. El REGULADOR podrá procederá la ejecución de dicha garantía, luego de lo cual deberá abonar el monto entregado por la entidad bancaria y/o financiera al CONCEDENTE. La garantía deberá permanecer vigente hasta seis (06) meses posteriores al cumplimiento del plazo del Contrato y en poder del CONCEDENTE.
(...)"*

por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, sino además para poder actuar con plena independencia y objetividad, impidiendo de esa manera cualquier tipo de injerencia y/o presión por parte del poder político, de las Entidades Prestadoras bajo su ámbito de regulación y de los usuarios.

76. Por lo indicado, la petición del Concesionario de una rendición de cuentas de las actividades que por seguimiento y control realiza OSITRAN no resulta correcta toda vez que representaría una limitación a la autonomía y a la independencia con la que debe actuar este Organismo Regulador, aspectos que se encuentran recogidos en el Reglamento¹⁸.
77. Por ello, habiéndose precisado tanto los alcances como los conceptos que se relacionan con la actividad antes mencionada, sólo resulta necesario establecer la oportunidad en la cual se debe solventar dicho pago incluido en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.
78. Sobre este aspecto, el tercer párrafo de la citada cláusula establece la oportunidad, forma y modo en cómo se pagará la supervisión, conforme se observa a continuación:

“(…)

La supervisión será pagada por el CONCESIONARIO como sigue:

- *Primera cuota (por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle): 10% del monto correspondiente a la supervisión a la supervisión de las obras a pagarse a los diez (10) Días Calendario de suscrito el contrato de supervisión.*

El saldo del pago por Supervisión de obras, en dos cuotas, cuya periodicidad será la siguiente:

- *Segunda cuota, equivalente al 60% del monto correspondiente a la supervisión de las obras; a los 30 Días Calendario del Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras.*
- *Tercera cuota, equivalente al 30% del monto correspondiente a la supervisión de las Obras, a los 30 Días Calendario de la culminación de la Etapa de Ejecución de Obras.”*

¹⁸ En efecto, respecto a los principios que rigen el actuar de OSITRAN así como los objetivos específicos de esta institución, los Artículo 9º y 18º del Reglamento establecen lo siguiente:

“Artículo 9.- Principio de Autonomía.

El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basará en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.

(…)

Artículo 18.- Objetivos específicos del OSITRAN.

Dentro del marco del Objetivo General, son objetivos específicos del OSITRAN:

(…)

e. Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los USUARIOS de la INFRAESTRUCTURA.”

(El subrayado es nuestro)

79. Así, de la revisión de la redacción del tercer párrafo de la Cláusula 9.10, se observa que el Contrato de Concesión, respecto del procedimiento de pago incluido, se estaría refiriendo únicamente a las actividades que, conforme clasificamos anteriormente, se encontrarían dentro de la “supervisión de Obras”, es decir, la evaluación del PID y; la supervisión de las Obras propiamente dicha.
80. Asimismo, en el mencionado párrafo, al momento de establecer los porcentajes en que dichos pagos deben ser realizados por el Concesionario, se observa que los mismos se encuentran calculados en base a la “supervisión de Obras”, lo cual en principio llevaría a determinar que los conceptos relacionados con el seguimiento y control de la supervisión de las Obras no estarían incluidos dentro de dicho procedimiento de pago.
81. Sin embargo, como bien se señaló anteriormente, fue intención de las Partes el establecer por vía contractual que el Concesionario realice un aporte específico a favor del Regulador a efectos de dotarlo de los recursos necesarios que permita el correcto cumplimiento de las labores que demande la supervisión de las Obras.
82. Así, en vista que esta Entidad requirió la contratación de terceros para la realización de las labores concernientes a la supervisión de las Obras propiamente dicha, estas actividades van aparejadas al control que debe realizar OSITRAN para verificar la correcta ejecución de las labores encomendadas, máxime si dicha delegación no debilita ni traslada la obligación asumida por esta entidad frente a las Partes, lo cual pondría en riesgo que no se alcancen los objetivos trazados en el Contrato de Concesión, no olvidando que la Etapa de Ejecución de Obras es el período en el cual se realizan las más importantes inversiones sobre el tramo concesionado.
83. No obstante lo mencionado, se observa que la Cláusula 9.10 no ha establecido un procedimiento específico para que el Concesionario realice los abonos correspondientes a favor del Regulador.
84. Sin embargo, la exigibilidad del pago que realice el Concesionario para el seguimiento y control de la supervisión de la Obra debe realizarse de manera oportuna, es decir, debe efectuarse cuando dichas labores requieren ser realizadas.
85. Como se indicó anteriormente, las actividades de seguimiento y control toman relevancia al momento que el Regulador requiera de la contratación de una Empresa Supervisora, la cual realizará las labores propias de supervisión de las Obras ejecutadas por el Concesionario conforme a los parámetros técnicos y a los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión, el contrato de supervisión y de las normas aplicables.
86. En sentido contrario, en caso que el Concesionario no pague en la oportunidad debida los conceptos por seguimiento y control de la supervisión de Obras puede

carecer de sentido o de utilidad para el cumplimiento de las funciones del Regulador, situación que a su vez perjudicaría la consecución de los objetivos trazados en el Contrato de Concesión, puesto que una supervisión defectuosa no permitirá apreciar si las Obras fueron ejecutadas conforme al citado contrato y a las Leyes y Disposiciones Aplicables.

87. En base a lo señalado, considerando que las labores de seguimiento y control de la supervisión de las Obras deben realizarse durante la Etapa de Ejecución de Obras establecido en el Contrato de Concesión¹⁹, y conforme vaya realizando sus obligaciones el supervisor de Obras, resulta apropiado que dichos pagos sean efectuados en la misma oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, toda vez que una falta de pago en la oportunidad debida puede determinar que las actividades de seguimiento y control no sea ejecutada de manera adecuada o deja de ser útil para el correcto ejercicio de las labores otorgadas por ley y el Contrato de Concesión al Regulador.
88. Lo señalado tiene sentido puesto que en otros contratos de concesión de infraestructura vial suscritos se ha considerado que el momento oportuno para que el concesionario abone los costos referidos a las actividades de control y seguimiento de la supervisión de Obras sea cuando se realicen los pagos por la supervisión de Obras que se realiza a través de empresas supervisoras contratadas por este Organismo Regulador²⁰.
89. Asimismo, dado que los porcentajes fijados en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 se encuentran relacionados con los gastos que se generen por la evaluación del PID y de la realización de las actividades de supervisión propiamente dicha, el Concesionario debe abonar al Regulador los montos que correspondan por concepto de seguimiento y control de la supervisión de las Obras.
90. De otro lado, corresponde aclarar que la fijación de un procedimiento para el pago por concepto de seguimiento y control de la supervisión de las Obras no representa bajo ningún aspecto la creación de una obligación no contenida ni comprendida en el Contrato de Concesión puesto que como se señaló previamente, de la revisión integral de las Cláusulas 6.2, 9.10 y 15.4 del Contrato de Concesión y aplicando las reglas de buena fe establecidas en el Artículo

¹⁹ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión entiende por "Etapa de Ejecución de Obras" al "(...) período en el cual el CONCESIONARIO debe realizar los trabajos para construir la infraestructura vial cumpliendo con los requerimientos establecidos en el presente Contrato".

²⁰ En efecto, la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA" se indica que el concesionario deberá cubrir los gastos que demande la supervisión de Obras durante el período de Construcción, así como el seguimiento y control de la Supervisión de las mismas para los fines exclusivamente de este Contrato.

En tanto que el pago de supervisión se realiza mediante un fideicomiso constituido por la propia empresa concesionaria bajo un procedimiento previamente definido el último párrafo de la citada cláusula señala que "adicionalmente, el CONCESIONARIO pagará directamente al REGULADOR por concepto de Seguimiento y Control de Supervisión un monto equivalente al 0,5% de la Inversión Proyectada de cada etapa. Los pagos por este concepto se realizarán en las mismas fechas en que se efectúen los depósitos al fondo de fideicomiso antes referido. El depósito se realizará conforme lo indique el REGULADOR"

1362º de nuestro Código Civil, se observó que fue voluntad de las Partes el proveer de recursos suficientes al Regulador para realizar las acciones de fiscalización y supervisión que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción, determinando que le corresponde al Concesionario asumir los gastos que demande las actividades que sobre el particular requiera el Regulador, sea que las realice directamente (seguimiento y control) o las efectúe de manera indirecta en caso lo requiera (evaluación del PID y ejecución de la supervisión de las Obras propiamente dicha); respetando de esa manera lo señalado en el ítem 6.1 de los Lineamientos.

91. En base a lo mencionado corresponde concluir que la oportunidad en la cual se deba abonar el pago al Regulador por concepto de seguimiento y control debe realizarse en la misma oportunidad en la cual se efectúan los pagos por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y por la supervisión de obras propiamente dicha.

POR LO EXPUESTO, en mérito a lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley Nº 26917 y el literal d) del Artículo 53º del D.S. Nº 044-2006-PCM modificado por el D.S. Nº 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 21 de octubre de 2009, y sobre la base del Informe Nº 0905-09-GS-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- INTERPRETAR la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú-Brasil, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, en los términos siguientes:

- a) Es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines determinados exclusivamente en el Contrato de Concesión, por un monto equivalente al 4% de la Inversión Projectada Referencial.
- b) Los conceptos que comprenden la actividad de supervisión de obras, cuyos costos son de cargo del Concesionario son los siguientes:
 - Supervisión de Obras, la cual se subdivide en:
 - Evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y del Estudio de Impacto Ambiental y;
 - La supervisión de las Obras propiamente dicha
 - El seguimiento y control de la supervisión de las Obras.

- c) El procedimiento a seguir para el pago a favor del Regulador por la Actividad de Supervisión de Obras se efectuarán en la oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N° 19886-09

En la conformidad de este Despacho, pase
a la Agenda del Consejo Directorial, Sesión 330



CARGO

INFORME N° 0905-09-GS-OSITRAN

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

15 OCT. 2009

RECEBIDO

Firma *[Firma]* N° 6009

Para : **JORGE MONTESINOS CORDOVA**
Gerente General

Asunto : Interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de
Concesión para la Construcción, Conservación y
Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial
Interoceánico Sur, Perú - Brasil

Fecha : 15 de octubre de 2009

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de octubre de 2007, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC o el Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. - COVISUR (en adelante, el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión).

Interpretación de Oficio de OSITRAN

2. En aplicación a lo establecido en los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, la Administración consideró conveniente realizar la interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

Posiciones de las Partes

3. En aplicación del Principio de Transparencia establecido en los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión", el presente proceso de interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión requería ser difundido a los legítimamente interesados, por lo que se cursó comunicación escrita a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. - COVISUR y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a efectos que emitan su opinión sobre el particular.

CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. - COVISUR

4. Mediante Carta N° 0553-2009-COVISUR, recibida con fecha 18 de agosto de 2009, COVISUR da respuesta al pedido de opinión realizado con el Oficio N° 254-09-GG-OSITRAN, indicando lo siguiente:
 - Conforme a lo establecido en la Cláusula 9.10 y en el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión, la Inversión Proyectada Referencial asciende a la suma de US\$ 183 371 948.05, lo cual significa que el valor de supervisión que deberá



reconocer el Concesionario, considerando un pago de hasta 4%, asciende a una suma de US\$ 7 334 877.92.

- De la revisión del Contrato de Supervisión suscrito entre OSITRAN y la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores, observan que:
 - (i) El costo de la supervisión es del orden de US\$ 5 690 335.90, el mismo que se encuentra totalmente regulado con un sustento contractual que contempla la relación obligacional de las partes.
 - (ii) Los pagos al supervisor de Obras son de cuenta de COVISUR y ejecutados de acuerdo al procedimiento establecido mensualmente.
 - (iii) El monto restante a los US\$ 7 334 877.92 se encuentra en el "limbo" pues para el pago de éste, no se cuenta con ningún sustento que genere actividad adicional de supervisión y, consecuentemente, no existirían obligaciones recíprocas por satisfacer.
 - (iv) COVISUR viene cumpliendo con el depósito exigido por OSITRAN y con el pago de las cuotas en los porcentajes señalados, a pesar de no contar con sustento contractual que regule el supuesto gasto que se indica por "seguimiento y control de la supervisión de las mismas".
- Respecto a los conceptos relacionados con la Supervisión de Obras, resulta claro los pagos efectuados por concepto del Contrato de Supervisión entre el Supervisor y OSITRAN; sin embargo, no se considera válido un supuesto gasto por "seguimiento y control de la supervisión", dado que este concepto es parte de la función de supervisión de OSITRAN. En todo caso, si la intención del Contrato de Concesión hubiera sido contemplar ello como una actividad adicional, también hubiera previsto la sustentación contractual de dichas actividades originando con ello la regularización de carácter obligacional.
- En cuanto al procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la supervisión de Obras, se considera que la forma de pago establecida en el Contrato de Concesión se contradice con el procedimiento establecido en el Contrato de Supervisión, por lo que requieren se precise el procedimiento a seguir.

5. Asimismo, de las reuniones sostenidas entre los representantes de COVISUR con funcionarios de OSITRAN, el Concesionario hizo evidente su inquietud respecto a que requieren se sustente y detalle las actividades y presupuestos relacionados al seguimiento y control que realiza OSITRAN durante la etapa de ejecución de Obras.

MTC

No obstante que mediante Oficio N° 255-09-GG-OSITRAN, recibido por el MTC el 10 de agosto de 2009, este Organismo solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones su opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, a la fecha de emisión del presente Informe, el Concedente no ha respondido a dicho pedido.



6.



II. OBJETIVO

7. El objetivo del presente informe es emitir un pronunciamiento en relación a la interpretación y a los alcances de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar los conceptos relacionados con la supervisión de las Obras que son cubiertos por el Concesionario conforme lo señalado en la citada cláusula, así como aclarar el procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de las Obras.

III. ANÁLISIS

8. Con el fin de emitir el pronunciamiento respecto al procedimiento a seguir para el pago de los diversos costos derivados de las actividades de supervisión en el Contrato de Concesión, se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:
- A. Marco jurídico y contractual de interpretación del Contrato de Concesión
 - B. Marco Jurídico y Contractual de la Facultad de Supervisión de OSITRAN
 - B.1 Respecto al desarrollo normativo de la facultad de supervisión de OSITRAN
 - B.2 Respecto al desarrollo normativo de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones
 - B.3 Respecto al desarrollo contractual de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones
 - C. Análisis de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión
 - C.1 Respecto de los conceptos que son de cargo del Concesionario para cubrir las actividades derivadas de la supervisión de obras.
 - C.2 Respecto del procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de las Obras.

A. MARCO JURÍDICO Y CONTRACTUAL DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

9. El Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece que es función de OSITRAN el interpretar los contratos de concesión:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:
(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)"

10. Sobre el particular, el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase:

Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)



11. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los que se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación, los cuales resultan plenamente aplicables a la facultad de interpretación que ejerce OSITRAN:

Artículo 168.- Interpretación objetiva

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 169.- Interpretación sistemática

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

12. Sobre el particular, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" (en adelante los Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "(...) tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)"
13. Respecto a las materias sobre las cuales OSITRAN puede pronunciarse, el ítem 6.1 de los Lineamientos señala que "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (...)"
14. Asimismo, respecto a los criterios de interpretación aplicables a OSITRAN, el citado ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:

(...)

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. El método histórico implica recurrir a contenidos de antecedentes del contrato de concesión o normas directamente vinculadas; detecta la intención del promotor de la inversión privada.

Finalmente, en el caso en que un determinado aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato no hubiese sido definido por éste, se aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. En este supuesto, si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis también es válido recurrir a la Analogía. La analogía significa completar o integrar un vacío normativo aplicando a un caso concreto no previsto, en este caso, por el Contrato de Concesión, ni por el marco regulatorio, normas similares y/o principios generales del Derecho. En tal sentido, el mecanismo de integración se podrá aplicar siempre que no hubiese una previsión contractual ni una norma aplicable supletoriamente; en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión"

15. Adicionalmente, el Artículo 1362° del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.



Lo cual implica que, en concordancia con lo establecido por el Artículo 168° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe, siendo importante mencionar que en la fase de ejecución de los contratos, la buena fe tiene por meta integrar lo establecido en dichos instrumentos.

16. Por otra parte, la Sección XVI del Contrato de Concesión establece los criterios de interpretación a seguir en dicho instrumento, entre los cuales resaltamos los siguientes:

- En caso de divergencia en la interpretación del Contrato, el orden de prelación para resolver dicha situación será el siguiente: a) El Contrato; y, b) Las Bases.
- Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.
- Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.
- El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.
- El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.

17. Conforme a lo señalado por GUTIÉRREZ¹, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

"(...) no es posible interpretar los actos jurídicos sin utilizar los criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no sólo para las partes sino para los jueces o árbitros y cualquier otro intérprete. (...)"

18. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios establecidos en el Código Civil, deben tenerse en consideración de manera complementaria los criterios establecidos en la Sección XVI del Contrato de Concesión.

19. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

¹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. "Interpretación del Acto Jurídico", EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.

Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

20. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión asignada a OSITRAN, queda claro que:
- i) Conforme a lo establecido por el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
 - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168° a 170°), como en los Contratos de Concesión (Sección XVI).
 - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - iv) Conforme a lo dispuesto por los Artículos 168° y 1362° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.
21. En virtud de lo expuesto, a continuación procederemos a delimitar el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión, así como a las condiciones o estipulaciones contractuales establecidas y con ello realizar la labor de interpretación.

B. MARCO JURÍDICO Y CONTRACTUAL DE LA FACULTAD DE SUPERVISIÓN DE OSITRAN

B.1 Respecto al desarrollo normativo de la facultad de supervisión de OSITRAN

22. De conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante la Ley), se crea al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN- como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, el mismo que tiene como misión velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.
23. Asimismo, el literal a) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley señala que es función de OSITRAN el "administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito"; en tanto que el numeral 7.2 del citado artículo dispone que para el adecuado cumplimiento de sus funciones, OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas.
24. Por su parte, el Artículo 32° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante el



Reglamento) define la función supervisora que ejerce OSITRAN de la siguiente manera:

"Artículo 32.- Definición de Función Supervisora:

La función supervisora permite al OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las ENTIDADES PRESTADORAS² y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los USUARIOS. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas.

(...)"

25. Como se puede observar, es facultad de este Organismo el verificar el cabal cumplimiento de las diversas obligaciones del Concesionario, sean éstas obligaciones legales de carácter general o técnico así como a compromisos contractuales asumidos en su calidad de titular de la concesión de infraestructura de transporte que le ha sido otorgada.
26. En este punto es importante indicar que el Artículo 1º del Reglamento establece cómo entender las actividades de supervisión que ejerce este Organismo Regulador, las mismas que puede ser encargadas a terceros, conforme se observa a continuación:

"Artículo 1.- Definiciones:

Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

(...)

b) **ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN:** Actos del personal de OSITRAN o autorizado por éste que, bajo cualquier modalidad, tengan por objeto obtener información y/o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente ante OSITRAN por parte de las Entidades Prestadoras, sobre aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia.

(...)

j) **EMPRESA SUPERVISORA:** Persona natural o jurídica, de reconocido prestigio y solvencia, especializada en brindar servicios para la ejecución de ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN por parte de OSITRAN, efectuando por encargo determinadas funciones de supervisión que corresponden a OSITRAN conforme a lo establecido en los Artículos 33 al 36 del presente Reglamento y al Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, así como sus ampliatorias y modificatorias.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

27. Respecto del alcance de las tareas de supervisión, de la ejecución de las mismas y de la responsabilidad de las Empresas Supervisoras, dichos aspectos se encuentran regulados en el Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2001-PCM³

² El Artículo 1º del Reglamento entiende por Entidad Prestadora:

"Artículo 1.- Definiciones:

Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

(...)

k) **ENTIDAD PRESTADORA:** Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de INFRAESTRUCTURA nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, los son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943.

Para efectos del ejercicio de las funciones de supervisión del OSITRAN, se considerará Entidad Prestadora a aquella que realiza actividades de utilización total o parcial de INFRAESTRUCTURA de transporte de uso público, calificada como Facilidad Esencial, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, contrato de acceso, asistencia técnica y similares."

³ "Artículo 3.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá como:

(...)



28. Adicionalmente, respecto a las Actividades de Supervisión, éstas se encuentran desarrolladas en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN (en adelante el Reglamento de Supervisión), en cuyo Artículo 15° se indica que "las obligaciones de las Empresas Supervisoras estarán especificadas en los contratos que se suscriban e incluirán las disposiciones del Reglamento aplicables para el ejercicio de sus actividades". Sobre este aspecto, cabe mencionar que en los contratos suscritos con los supervisores de obras en el marco del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM establecen la revisión por parte de OSITRAN del fiel cumplimiento de sus labores, es decir, este organismo hace un seguimiento y control de la correcta ejecución de la supervisión de las obras en los tramos concesionados⁴.

INFORME DE SUPERVISIÓN: Documento que deben presentar las EMPRESAS SUPERVISORAS como resultado de las acciones descritas en el presente Reglamento, con una periodicidad y contenidos acordes con las actividades de supervisión que se realicen, sean éstas continuas o especiales. Dicho Informe incluirá necesariamente una relación detallada de las conclusiones y, de ser el caso, recomendaciones y el respectivo plan de acción, el mismo que será propuesto al órgano funcional competente de OSITRAN.

(...)

*Artículo 4.- Los exámenes que practiquen las EMPRESAS SUPERVISORAS comprenderán principalmente:

a. El cumplimiento de las obligaciones legales y, de ser el caso, de las obligaciones que consten en los respectivos contratos de concesión, incidiendo en el siguiente listado enunciativo de actividades: inversiones en mejoras obligatorias y eventuales; planes de diseño de ejecución de obras y trabajos; (...); aplicación de reglamentos técnicos;

(...)

b. El cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros similares que se deriven de las normas vigentes o del respectivo contrato de concesión, según corresponda.

c. El cumplimiento de los reglamentos, normas y procedimientos establecidos por OSITRAN.

En el caso de supervisiones especiales, dichos exámenes estarán orientados únicamente a la supervisión oportuna de las actividades señaladas en las Bases del respectivo procedimiento de selección.

(...)

Artículo 17.- La supervisión a cargo de las EMPRESAS SUPERVISORAS deberá realizarse respetando los criterios, principios y reglas establecidos en el Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 007-99-CD/OSITRAN, normas modificatorias y complementarias.

Artículo 18.- Las EMPRESAS SUPERVISORAS remitirán a OSITRAN en nombre de la entidad por la cual actúan, el INFORME DE SUPERVISIÓN correspondiente, de acuerdo al cronograma establecido en cada contrato. El informe tendrá carácter de Declaración Jurada sujeto a las responsabilidades de la LEY y será suscrito por los profesionales de la EMPRESA SUPERVISORA que intervinieron en los exámenes practicados, incluyendo los exámenes especiales, en el caso de las supervisiones continuas. Dichos informes deberán realizarse sobre la base de las obligaciones contenidas en los contratos de locación de servicios suscritos, comprendiendo todos los temas de importancia e interés involucrados en la supervisión realizada.

Artículo 19.- Las Guías de Supervisión tendrán los criterios, contenidos y formatos especificados en las Bases de los respectivos procedimientos que se convoquen para la selección de las EMPRESAS SUPERVISORAS, y serán elaborados de acuerdo a las tareas concretas objeto de la supervisión. OSITRAN, supervisará el cumplimiento de los criterios y pautas establecidos en la Guía de Fiscalización por parte de las EMPRESAS SUPERVISORAS, criterios que servirán asimismo para la evaluación de los informes de supervisión y la emisión de las conclusiones correspondientes por parte de OSITRAN.

(...)

Sobre el particular, el Reglamento de Supervisión establece las actividades de supervisión, las cuales abarcan labores adicionales a las prestadas por las Empresas Supervisoras, conforme se observa a continuación:

*Artículo N° 10.- Actividades de Supervisión

El ejercicio de la función supervisora se realiza a través de las siguientes actividades de supervisión:

a) Reunión de Trabajo: Actividad que consiste en reunirse para obtener información de la Entidad Prestadora, y/o coordinar acciones sobre la gestión de una determinada materia. En esta actividad se podrá incluir la obtención de información preliminar sobre las acciones de la Entidad Prestadora para el cumplimiento de sus obligaciones en cualquiera de las materias de supervisión.

Para tal fin, el Órgano Supervisor podrá convocar a los siguientes participantes:

- La Entidad Prestadora,
- Los usuarios,
- Las empresas supervisoras contratadas por OSITRAN,
- Otros involucrados o afectados en el tema a tratar.

La Reunión de Trabajo puede realizarse en la sede del Órgano Supervisor o en el lugar que éste designe, y su resultado se hará constar en un Acta de Reunión de Trabajo.

b) Supervisión de gabinete: Actividad de supervisión que consiste en verificar el cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora a través de la evaluación de información que ésta remita, que se encuentre en su página web, o que sea proporcionada por terceros. Su resultado constará en un Informe de Supervisión.

c) Inspección: Actividad de supervisión que consiste en verificar el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Prestadoras, en sus propias instalaciones, o en la infraestructura que administre. Esta actividad se realizará por más de



29. Asimismo, en virtud a lo establecido en la Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión⁵, le corresponde a OSITRAN efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII del mismo Contrato. Por otro lado, según el Artículo 32° del Reglamento, dentro de su función supervisora, la ejecución del seguimiento y control de la supervisión de las obras contempla actividades inherentes al monitoreo de dicha supervisión para los fines exclusivos del Contrato de Concesión lo que permitirá a OSITRAN medir y supervisar regularmente el avance de las obras, a fin de identificar las variaciones respecto del Plan de Gestión del Proyecto, de tal forma que se tomen las medidas correctivas cuando sea necesario y en forma oportuna, en cumplimiento de los objetivos del Proyecto de Ingeniería de Detalle – PID.
30. Por ello se puede decir que OSITRAN cumple sus funciones y atribuciones en materia de Supervisión de la ejecución de obras, de manera directa y/o mediante tercerización de servicios. Esta función supervisora incluye actividades complementarias de seguimiento y control, las cuales constituyen acciones que OSITRAN viene ejecutando de manera directa o a través de la contratación de servicios específicos especializados que únicamente están vinculados a las actividades enmarcadas en los respectivos contratos de concesión, según corresponda.
31. De lo mencionado se puede concluir que las facultades de supervisión de OSITRAN incluye aquellas actividades que se han delegado a las Empresas Supervisoras, así como a las actividades de control y seguimiento que realiza este Organismo a las citadas empresas, actividades que como se mencionó anteriormente, tienen por efecto observar el correcto cumplimiento y ejercicio de las obligaciones delegadas a terceros, puesto que repercute directamente en la función supervisora de OSITRAN, debido a que la tercerización que permite el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM no enerva la función de supervisión que ostenta OSITRAN por mandato legal, aspecto que también ha sido recogido en el Contrato de Concesión⁶.

B.2 Respecto al desarrollo normativo de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones

32. Conforme se señaló anteriormente en el presente Informe, la Ley establece que el OSITRAN cuenta, entre otros atributos, con autonomía económica y financiera.

un funcionario siempre y cuando se cuente con la disponibilidad de recursos. Su resultado constará en un Acta de Inspección.

d) *Supervisión Permanente: Actividad de supervisión a través de la cual se verifica de manera continua, las acciones que realiza la Entidad Prestadora para cumplir una obligación específica, como por ejemplo: el diseño y construcción de obras civiles, mecánicas, electromecánicas, etc., durante la etapa de ejecución de las mismas y en las instalaciones o zonas donde éstas se estén llevando a cabo. Puede incluir el uso de equipos e instrumentos de OSITRAN o de la Empresa Supervisora que son instalados en la infraestructura de la Entidad Prestadora.*

La ejecución de esta actividad puede incluir también actividades de gabinete o de inspección; su resultado podrá constar en Actas, Informes de Supervisión, o en Informes que podrán ser emitidos en forma periódica."

⁵ "6.2 Corresponde al REGULADOR directamente o a través del supervisor de Obras, efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII. En el caso que el REGULADOR opte por designar a un supervisor de Obras, deberá informar fehacientemente por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato con el supervisor antes indicado."

⁶ El primer párrafo de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"15.5 El REGULADOR podrá designar a un supervisor de Obras, el mismo que tendrá las funciones que el primero le asigne. La titularidad de la función del REGULADOR no se enerva con la designación del supervisor.
(...)"



33. La autonomía económica y financiera con la que debe contar los Organismos Reguladores representa un aspecto esencial, puesto que le permiten a éstos proveerse de la logística necesaria para el cumplimiento eficiente de sus funciones, lo cual contribuye con las otras dimensiones donde se refleja su autonomía institucional.
34. Por lo general, las actividades que realizan los Organismos Reguladores se financian con los aportes que provean las propias Entidades Prestadoras que se encuentran bajo su ámbito de regulación, lo cual le permite contar con recursos estables y garantizados.
35. Esta forma de financiamiento de las actividades de los Organismos Reguladores fortalece su autonomía puesto que libera a dichas entidades del control presupuestario directo del gobierno, y conlleva a una utilización de sus recursos conforme a sus objetivos y fines. Esto permite además la constitución y consolidación de una Entidad con alta capacidad técnica, lo cual repercute de manera directa en la verificación del cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales y/o legales a las cuales se comprometen las Entidades Prestadoras.
36. Esta modalidad de financiamiento de los Organismos Reguladores se sustenta en el hecho que si bien el costo de una supervisión eficiente es por lo general relativamente alto, el costo de una supervisión débil ha demostrado ser mucho mayor, razón por la cual resulta necesario que se provea a dichas entidades de los recursos suficientes para el correcto ejercicio de sus funciones, actividad que no sólo demanda un trabajo laborioso con profunda capacidad técnica por parte de estas entidades, sino que dicha actividad requiere ser ejercida con neutralidad y autonomía.
37. De esta manera, se permite que el Organismo Regulador se fortalezca con buenos profesionales o pueda contratar a terceros altamente calificados, lo cual representa una garantía de una correcta gestión, logrando de esa manera mantener su independencia e imparcialidad en el control y supervisión de aquellas actividades encomendadas por la Ley o por los contratos que suscriba el Estado con el sector privado.
38. Por ello, en caso no se dote de recursos presupuestarios suficientes a dichos organismos, ello no permitirá un adecuado desarrollo de sus funciones y a su vez limitará la autonomía que deben tener dichas entidades respecto de los grupos de interés que influyen en su actividad (Gobierno, Entidades Prestadoras y usuarios).
39. Respecto a los recursos de los Organismos Reguladores, el Artículo 10° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que *"los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas."*



⁷ Para el caso específico de OSITRAN, mediante Decreto Supremo N° 104-2003-PCM, se determinó que el aporte que deben efectuar las entidades o empresas que se encuentran bajo el ámbito de este Organismo Regulador representa el 1% de su facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

40. Sobre el régimen económico y financiero que rige específicamente a OSITRAN, el Artículo 14° de la Ley señala lo siguiente:

"Artículo 14.- Recursos

Constituyen recursos propios de OSITRAN:

a) La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

Constituye infracción grave del concesionario no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.

b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.

c) Los ingresos financieros que generen sus recursos."

(El subrayado es nuestro)

41. A su vez, los Artículos 62° y 64° del Reglamento establecen lo siguiente:

"Artículo 62.- Recursos.

Constituyen recursos propios del OSITRAN:

a. El aporte por regulación que deberán pagar las empresas bajo su competencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 de la LEY.

b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

c. Transferencias de Entidades del Sector Público.

d. Tasas, derechos e ingresos que le correspondan por ley.

e. Otros ingresos propios de su actividad.

(...)

Artículo 64.- Recursos adicionales

El OSITRAN queda autorizado a obtener recursos de organismos nacionales o internacionales de cooperación técnica a través de créditos o donaciones."

(El subrayado es nuestro)

42. De acuerdo a lo establecido en el literal b) del Artículo 14° de la Ley y en el Artículo 62° del Reglamento, constituyen recursos propios de esta entidad, los aportes que bajo cualquier título puedan ser provistos por personas jurídicas, como pueden ser aquellos aportes que por vía contractual decidan el Concedente y el Concesionario para el correcto cumplimiento de obligaciones de cargo del Regulador que se incluyen en dicho contrato.

43. Sobre este punto, y conforme se desarrolla más adelante en el presente Informe, el Contrato de Concesión ha determinado que los recursos necesarios para el cabal cumplimiento de las actividades derivadas de la supervisión de las Obras sean provistos por el Concesionario, sin que ello afecte los aportes por concepto de regulación que se establecen en el Artículo 10° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

B.3 Respecto al desarrollo contractual de los recursos que percibe OSITRAN para el cumplimiento de sus funciones

44. El Contrato de Concesión determina que OSITRAN es el encargado, entre otras actividades, de la supervisión de las Obras, de la Conservación⁸ y Explotación⁹.

⁸ La Cláusula 7.4 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"7.4.- Corresponde al REGULADOR ejecutar las acciones de fiscalización técnica que le competen para el desarrollo de las labores de Conservación indicadas en esta Sección del Contrato"

⁹ La Cláusula 8.3 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

"8.3.- Corresponde al REGULADOR efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen para el desarrollo de las labores de Explotación de la Concesión indicadas en esta sección del Contrato.

El REGULADOR, estará a cargo de la verificación del cumplimiento de la obligación del CONCESIONARIO, de mantener determinados parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con estándares e índices de serviciabilidad propios de la Explotación del Tramo, previstos en el presente Contrato."



45. Asimismo, la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión señala que el Concesionario es el encargado de asumir los costos derivados de la potestad de supervisión que ostenta OSITRAN, tal como se indica a continuación:

"15.4 Los costos derivados de las actividades de supervisión serán asumidos por el CONCESIONARIO, quien pagará al REGULADOR los montos indicados en la Cláusula 9.10 y en la Cláusula 15.11 del Contrato en las oportunidades indicadas en dichas cláusulas.

En caso que el CONCESIONARIO no cancele el monto indicado en las Cláusulas 9.10 y 15.11, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hasta el monto indicado, sin perjuicio del cobro de las multas administrativas previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."
(El subrayado y resaltado es nuestro)

46. Respecto del concepto y monto del aporte al que tiene derecho OSITRAN establecido en la Cláusula 15.11 del Contrato de Concesión, éste se encuentra relacionado con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, conforme se aprecia a continuación:

"15.11 El REGULADOR estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el Artículo 14° de la Ley N° 26917 y Artículo 10° de la Ley N° 27332, en los términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales."

47. Como se puede observar, el Contrato de Concesión estipula que el Concesionario es el obligado de asumir los gastos que demanden las actividades de supervisión que realizará esta Entidad, cuyo desembolso se efectuará en las oportunidades que se señalan en la normativa de la materia¹⁰ así como en lo establecido en el citado contrato.
48. Igualmente, de la lectura de las Cláusulas 15.4 y 15.11 del Contrato de Concesión, se puede determinar de manera general que los costos derivados de las actividades de supervisión son costeados por el Concesionario con los aportes por regulación establecidos en el Artículo 10° de la Ley N° 27332.
49. Sin embargo, y conforme se observará a continuación, para los gastos derivados que demande las diversas actividades relacionadas con la supervisión de Obras, el Contrato de Concesión ha considerado un procedimiento y una fuente distinta a la establecida en la Cláusula 15.11.

C. DEL ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA 9.10 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

C.1 Respecto de los conceptos que son de cargo del Concesionario para cubrir las actividades derivadas de la supervisión de Obras

50. Como se indicó anteriormente, el Contrato de Concesión ha establecido que para costear las actividades de supervisión de Obras que realiza el Regulador, a diferencia de las labores de supervisión de Conservación del tramo vial y de la Explotación de los bienes que conforman la Concesión, ha sido decisión de las Partes que suscriben el Contrato de Concesión el establecer aportes específicos

¹⁰ Para el caso específico del aporte por regulación que se determina en el Artículo 10° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, resulta aplicable lo establecido en el Reglamento del Aporte por Regulación de OSITRAN, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 007-2003/CD-OSITRAN, y la Directiva de Aporte por Regulación, aprobada mediante Resolución de Presidencia N° 030-2008-PD-OSITRAN.



para la supervisión del correcto cumplimiento de las obligaciones del Concesionario durante la etapa de Construcción.

51. Este procedimiento específico se encuentra desarrollado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, conforme se indica a continuación:

"9.10 El CONCESIONARIO asumirá los gastos que demande la supervisión de Obras durante el período de obras; así como el seguimiento y control de la supervisión de las mismas para los fines exclusivamente de este Contrato.

Para este efecto, el CONCESIONARIO deberá abonar al REGULADOR hasta un monto equivalente al 4.0% de la Inversión Proyectada Referencial.

La supervisión será pagada por el CONCESIONARIO como sigue:

- *Primera cuota (por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle): 10% del monto correspondiente a la supervisión a la supervisión de las obras a pagarse a los diez (10) Días Calendario de suscrito el contrato de supervisión.*

El saldo del pago por Supervisión de obras, en dos cuotas, cuya periodicidad será la siguiente:

- *Segunda cuota, equivalente al 60% del monto correspondiente a la supervisión de las obras; a los 30 Días Calendario del Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras.*
- *Tercera cuota, equivalente al 30% del monto correspondiente a la supervisión de las Obras, a los 30 Días Calendario de la culminación de la Etapa de Ejecución de Obras."*

52. Considerando que resulta clara la obligación del Concesionario de asumir los costos derivados de la supervisión de las Obras, corresponde establecer los conceptos que se encuentran relacionados con la supervisión de Obras.

53. Para ello, es importante recordar las condiciones que la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión establece al Concesionario, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

- Los costos derivados de las actividades de supervisión serán asumidos por el Concesionario, quienes pagarán al OSITRAN los montos indicados en la Cláusula 9.10 del Contrato en las oportunidades que se indique en la citada cláusula.
- En caso de incumplimiento, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hasta el monto indicado, sin perjuicio del cobro de las multas administrativas previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

54. De acuerdo a lo señalado en el primer párrafo de la Cláusula 9.10 se establece que el Concesionario asume los gastos que demande i) la supervisión de Obras, así como ii) el seguimiento y control de la supervisión de las mismas.

55. Como se puede apreciar, el primer párrafo de la Cláusula 9.10 indica de manera general las dos actividades que deben ser solventadas por el Concesionario. El único límite que se impone en dicho párrafo está referido al hecho que los gastos que asumirá el Concesionario producto de dichas actividades se referirán única y exclusivamente a los fines que se determinen en cada Contrato de Concesión, con lo cual se evita que dichos montos sean utilizados por el Regulador en otras actividades establecidas en el propio contrato u otras otorgadas por la normativa



de la materia, como por ejemplo sucede con el aporte por regulación establecido en la Ley N° 27332.

56. Por ello, podemos señalar en este punto, que el compromiso de pago asumido por el Concesionario para cubrir los costos que demande las diversas actividades de supervisión de obra nace por vía contractual, es decir es una obligación que es producto del acuerdo de voluntades al que han llegado las Partes para cubrir de forma particular y específica los fines que se precisan en dicho instrumento.
57. Ahora bien, de la lectura de la Cláusula 9.10, se puede establecer que la actividad "supervisión de Obras" se encuentra a su vez subdividida en dos actividades: i) la evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y; ii) la supervisión de las Obras propiamente dicha.
58. Sobre la actividad de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle - PID¹¹, ésta nace de la obligación de OSITRAN de evaluar el mencionado documento presentado por el Concesionario, en base al cual se elaborará el Programa de Ejecución de Obras - PEO¹² y se ejecutarán las Obras de Construcción, conforme al procedimiento establecido en las Cláusulas 6.4 a 6.8 del Contrato de Concesión.
59. Asimismo, conforme lo señalado en la Cláusula 1.6 y 13.5 del Contrato de Concesión¹³, dentro de las actividades de evaluación del PID se considera la revisión del Estudio de Impacto Ambiental - EIA puesto que ambos documentos se encuentran directamente relacionados y por tanto requieren estar concordados.
60. Respecto a la actividad de la supervisión de las Obras propiamente dicha, es aquella actividad de fiscalización que corresponde al Regulador que se desarrolla en la Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión¹⁴, la misma que puede ser realizada a través de un supervisor de obras. Sin embargo, corresponde aclarar

¹¹ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión indica que el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) "es el Proyecto de Ingeniería que le corresponde desarrollar el CONCESIONARIO para cada sector de acuerdo al Anexo VIII. Este deberá someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 6.4 a 6.8 del Contrato de Concesión".

¹² La Cláusula 1.6 precisa que el "Programa de Ejecución de Obras" "es el documento en el que consta la programación mensual valorizada de la ejecución de las Obras de Construcción, el cual deberá presentarse conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.12 y 6.13 del Contrato".

¹³ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

"1.6.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

Es el estudio conforme lo dispuesto en la Cláusula 13.5 y siguientes del presente Contrato, que tiene como objetivo identificar, predecir, interpretar, valorar y comunicar los impactos ambientales y sociales que la Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión, podrían ocasionar en los diversos componentes del ambiente, calidad de vida, patrimonio cultural y arqueológico en las zonas de influencia de la Concesión (zonas establecidas por los requerimientos de impacto ambiental), así como el impacto de los mismos sobre la Concesión; además propone las medidas correctivas más apropiadas para evitar que la concurrencia de impactos ambientales perjudique la salud y bienestar de las personas.

El EIA será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE en concordancia, con el Proyecto de Ingeniería de Detalle, y será aprobado por la Autoridad Ambiental Competente de acuerdo a Ley."

A su vez, la Cláusula 13.5 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"15.5.- Serán de cumplimiento obligatorio los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) el cual será elaborado por el CONCESIONARIO en concordancia con el Proyecto de Ingeniería de Detalle.

(...)"

¹⁴ "6.2 Corresponde al REGULADOR directamente o a través del supervisor de Obras, efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción indicadas en el Anexo VIII. En el caso que el REGULADOR opte por designar a un supervisor de Obras, deberá informar fehacientemente por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato con el supervisor antes indicado."



que lo señalado en la precitada cláusula no se refiere únicamente a las actividades que realiza el Supervisor de Obras toda vez que la actividad de supervisión incluye además la verificación por parte de esta Entidad del cabal cumplimiento de las obligaciones del tercero contratado, tal y como se ha indicado a lo largo del presente Informe.

61. A colación de lo señalado anteriormente, las actividades derivadas del seguimiento y control de la supervisión de las labores del supervisor de Obras tienen su origen justamente en la eventualidad que el Regulador requiera la contratación de un tercero para que se encargue de las acciones de fiscalización técnica durante el desarrollo de las Obras, por lo que debe vigilar que dichas actividades se realicen conforme a los términos técnicos y a los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión, en el contrato de supervisión suscrito y en las normas técnicas correspondientes.
62. Esta actividad de vigilancia toma relevancia por el hecho que el primer párrafo de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión establece que "(...) la titularidad de la función del REGULADOR no se enerva con la designación del supervisor (...)", con lo cual se hace necesario que esta entidad requiera realizar un estricto control y seguimiento de las actividades que realiza el supervisor de Obras, dado que asume la responsabilidad frente a las Partes sobre la verificación de las condiciones técnicas establecidas en el Contrato de Concesión.
63. Como se aprecia, la actividad de seguimiento y control que corresponde al Regulador se encuentra ligada con las actividades de supervisión propiamente dicha y por tanto resulta fundamental para el cabal ejercicio de la potestad de supervisión de OSITRAN establecida por la normativa de la materia.
64. Es en base a lo mencionado que las actividades de seguimiento y control de la supervisión de Obras se encuentran contenidas dentro de los costos que deben ser asumidos por el Concesionario, obligación que como se indicó anteriormente, surge por acuerdo entre las Partes. No incluir dichos conceptos dentro de las actividades de supervisión de Obras, debilitaría la potestad de supervisión en sí misma, lo cual conllevaría a mayores gastos por parte de las Partes del Contrato de Concesión ante una defectuosa verificación de los parámetros técnicos contractualmente establecidos, afectando de esa manera a los objetivos trazados por el Estado, a los intereses de los inversionistas y a los usuarios de las vías concesionadas.
65. Por tanto, podemos concluir en este extremo que los conceptos que comprenden la actividad de supervisión de obras que indica la Cláusula 9.10 son los siguientes:

i) Supervisión de Obras, la cual se subdivide en:

- Evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y;
- La supervisión de las Obras propiamente dicha.

ii) El seguimiento y control de la supervisión de las Obras.

C.2 Respecto del procedimiento a seguir para el pago de los conceptos relacionados a la Supervisión de Obras



66. Una vez identificado los conceptos que componen las actividades derivadas de la supervisión de las Obras, resulta conveniente revisar el compromiso asumido por el Concesionario.
67. Así, de la lectura conjunta del primer y segundo párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión se aprecia que para los gastos que demande la supervisión de Obras (entiéndase la evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y la supervisión de las Obras propiamente dicha) y su seguimiento y control respectivo, el Concesionario deberá abonar a favor del Regulador hasta un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial¹⁵.
68. Además, de la lectura conjunta de las Cláusulas 9.10 y 15.4 del Contrato de Concesión, se observa que el Concesionario se ha comprometido en abonar a favor del Regulador hasta un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial calculada en cada tramo vial para cubrir las actividades de supervisión establecidas en la Cláusula 9.10 y que acabamos de detallar.
69. Por ello, de la sola revisión de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, no es posible entender que los únicos conceptos que son cubiertos por el Concesionario son aquellos referidos a la evaluación del PID y de la supervisión de la Obras que realizan los supervisores de Obras contratados por el Regulador, dado que la citada cláusula resulta clara en su redacción.
70. En vista a lo mencionado, en caso el Concesionario no cumpliera con asumir los gastos derivados por seguimiento y control de la supervisión de las Obras, no sólo representaría un incumplimiento a una obligación contractual¹⁶, sino que además facultaría al Regulador, en aplicación de la Cláusula 15.4, de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión establecido en la Cláusula 11.3 del Contrato de Concesión¹⁷ y al cobro de las multas administrativas que correspondan en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y modificado por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN y N° 005-2007-CD-OSITRAN.
71. De lo comentado, se puede concluir que, en este extremo, la Cláusula 9.10 establece que el Concesionario se ha obligado a asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras (detallados en la Sección C.1 del

¹⁵ Conforme a lo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, la "Inversión Proyectada Referencial" "es aquella establecida en el Anexo V del presente Contrato, siendo su utilización única y exclusivamente para efectos de los cálculos previstos en el Contrato". Así, corresponde señalar que el Anexo V del Contrato de Concesión precisa la Inversión Proyectada Referencial.

¹⁶ Sobre este aspecto, corresponde observar el compromiso asumido por el Concesionario de honrar todas las obligaciones incluidas en el Contrato de Concesión, tal y como se observa a continuación:

"3.1.- El CONCESIONARIO garantiza al CONCEDENTE, en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad de las siguientes declaraciones:

(...)

c) El presente Contrato comprende un conjunto de obligaciones legales y válidas del CONCESIONARIO y por medio de la presente declaración, este último garantiza que honrará todas y cada una de las obligaciones en él contenidas, sujetándose en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables."

¹⁷ Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión

11.3.- A fin de garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, derivadas de la celebración del Contrato, el CONCESIONARIO hace entrega de una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión emitida a a favor del CONCEDENTE y/o del REGULADOR, A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL Contrato de Concesión, de conformidad con lo establecido en el Literal e) de la Cláusula 3.3 del presente Contrato. El REGULADOR podrá procederá la ejecución de dicha garantía, luego de lo cual deberá abonar el monto entregado por la entidad bancaria y/o financiera al CONCEDENTE. La garantía deberá permanecer vigente hasta seis (06) meses posteriores al cumplimiento del plazo del Contrato y en poder del CONCEDENTE.

(...)"



presente Informe) y para los fines exclusivos determinados en el Contrato de Concesión.

72. De otro lado, respecto al monto que el Concesionario abonará a favor del Regulador para cubrir las actividades vinculadas a la supervisión de Obras, dado que el carácter autónomo de este Organismo en materia económica y financiera tiene por efecto que se le provea de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, corresponde señalar que la obligación del Concesionario tiene por objeto solventar de manera debida las actividades de supervisión de obras que realice el Regulador, faculta a este último de hacer exigible el porcentaje equivalente señalado en la Cláusula 9.10.
73. Sobre estos aspectos es importante indicar que de las conversaciones sostenidas con los representantes del Concesionario en las oficinas de OSITRAN, se observó que ellos no cuestionan su obligación de pagar los conceptos referidos a control y seguimiento, sino que requieren conocer los alcances y las actividades que se encuentran incluidas en dicho concepto.
74. Es en base a lo mencionado que el Concesionario ha venido abonando su compromiso de asumir los costos derivados por supervisión de Obras conforme a lo exigido por este Organismo, no obstante que requerían un mayor sustento respecto a los costos asociados al seguimiento y control de la supervisión de Obras.
75. De lo mencionado por el Concesionario, corresponde recalcar que el carácter autónomo con el que cuentan los Organismos Reguladores en materia económica y financiera no sólo tiene por efecto proveer a dichas entidades de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, sino además para poder actuar con plena independencia y objetividad, impidiendo de esa manera cualquier tipo de injerencia y/o presión por parte del poder político, de las Entidades Prestadoras bajo su ámbito de regulación y de los usuarios.
76. Por lo indicado, la petición del Concesionario de una rendición de cuentas de las actividades que por seguimiento y control realiza OSITRAN no resulta correcta toda vez que representaría una limitación a la autonomía y a la independencia con la que debe actuar este Organismo Regulador, aspectos que se encuentran recogidos en el Reglamento¹⁸.
77. Por ello, dado que con el presente Informe se ha precisado tanto los alcances como los conceptos que se relacionan con la actividad antes mencionada, sólo resulta necesario establecer la oportunidad en la cual se debe solventar dicho pago incluido en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

¹⁸ En efecto, respecto a los principios que rigen el actuar de OSITRAN así como los objetivos específicos de esta institución, los Artículo 9° y 18° del Reglamento establecen lo siguiente:

"Artículo 9.- Principio de Autonomía.

El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basará en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.

(...)

Artículo 18.- Objetivos específicos del OSITRAN.

Dentro del marco del Objetivo General, son objetivos específicos del OSITRAN:

(...)

e. Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los USUARIOS de la INFRAESTRUCTURA."

(El subrayado es nuestro)



78. Sobre este aspecto, el tercer párrafo de la citada cláusula establece la oportunidad, forma y modo en cómo se pagará la supervisión, conforme se observa a continuación:

"(...)

La supervisión será pagada por el CONCESIONARIO como sigue:

- *Primera cuota (por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle): 10% del monto correspondiente a la supervisión de las obras a pagarse a los diez (10) Días Calendario de suscrito el contrato de supervisión.*

El saldo del pago por Supervisión de obras, en dos cuotas, cuya periodicidad será la siguiente:

- *Segunda cuota, equivalente al 60% del monto correspondiente a la supervisión de las Obras; a los 30 Días Calendario del Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras.*
- *Tercera cuota, equivalente al 30% del monto correspondiente a la supervisión de las Obras, a los 30 Días Calendario de la culminación de la Etapa de Ejecución de Obras."*

79. Así, de la revisión de la redacción del tercer párrafo de la Cláusula 9.10, se observa que el Contrato de Concesión respecto del procedimiento de pago incluido se estaría refiriendo únicamente a las actividades que, conforme clasificamos anteriormente, se encontrarían dentro de la "supervisión de Obras", es decir, la evaluación del PID y; la supervisión de las Obras propiamente dicha.
80. Asimismo, en el mencionado párrafo, al momento de establecer los porcentajes en que dichos pagos deben ser realizados por el Concesionario, se observa que los mismos se encuentran calculados en base a la "supervisión de Obras", lo cual en principio llevaría a determinar que los conceptos relacionados con el seguimiento y control de la supervisión de las Obras no estarían incluidos dentro de dicho procedimiento de pago.
81. Sin embargo, como bien se señaló anteriormente, fue intención de las Partes el establecer por vía contractual que el Concesionario realice un aporte específico a favor del Regulador a efectos de dotarlo de los recursos necesarios que permita el correcto cumplimiento de las labores que demande la supervisión de las Obras.
82. Así, en vista que esta Entidad requirió la contratación de terceros para la realización de las labores concernientes a la supervisión de las Obras propiamente dicha, estas actividades van aparejadas al control que debe realizar OSITRAN para verificar la correcta ejecución de las labores encomendadas, máxime si dicha delegación no debilita ni traslada la obligación asumida por esta entidad frente a las Partes, lo cual pondría en riesgo que no se alcancen los objetivos trazados en el Contrato de Concesión, no olvidando que la Etapa de Ejecución de Obras es el período en el cual se realizan las más importantes inversiones sobre el tramo concesionado.
83. No obstante lo mencionado, se observa que la Cláusula 9.10 no ha establecido un procedimiento específico para que el Concesionario realice los abonos correspondientes a favor del Regulador.
84. Sin embargo, la exigibilidad del pago que realice el Concesionario para el seguimiento y control de la supervisión de la Obra debe realizarse de manera oportuna, es decir, debe efectuarse cuando dichas labores requieren ser realizadas.



85. Como se indicó anteriormente, las actividades de seguimiento y control toman relevancia al momento que el Regulador requiera de la contratación de una Empresa Supervisora, la cual realizará las labores propias de supervisión de las Obras ejecutadas por el Concesionario conforme a los parámetros técnicos y a los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión, el contrato de supervisión y de las normas aplicables.
86. En sentido contrario, en caso que el Concesionario no pague en la oportunidad debida los conceptos por seguimiento y control de la supervisión de Obras puede carecer de sentido o de utilidad para el cumplimiento de las funciones del Regulador, situación que a su vez perjudicaría la consecución de los objetivos trazados en el Contrato de Concesión, puesto que una supervisión defectuosa no permitirá apreciar si las Obras fueron ejecutadas conforme al citado contrato y a las Leyes y Disposiciones Aplicables.
87. En base a lo señalado, considerando que las labores de seguimiento y control de la supervisión de las Obras deben realizarse durante la Etapa de Ejecución de Obras establecido en el Contrato de Concesión¹⁹, y conforme vaya realizando sus obligaciones el supervisor de Obras, resulta apropiado que dichos pagos sean efectuados en la misma oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, toda vez que una falta de pago en la oportunidad debida puede determinar que las actividades de seguimiento y control no sea ejecutada de manera adecuada o deja de ser útil para el correcto ejercicio de las labores otorgadas por ley y el Contrato de Concesión al Regulador.
88. Lo señalado tiene sentido puesto que en otros contratos de concesión de infraestructura vial suscritos se ha considerado que el momento oportuno para que el concesionario abone los costos referidos a las actividades de control y seguimiento de la supervisión de Obras sea cuando se realicen los pagos por la supervisión de obras que se realiza a través de empresas supervisoras contratadas por este Organismo Regulador.²⁰
89. Asimismo, dado que los porcentajes fijados en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 se encuentran relacionados con los gastos que se generen por la evaluación del PID y de la realización de las actividades de supervisión propiamente dicha, el Concesionario debe abonar al Regulador los montos que correspondan por concepto de seguimiento y control de la supervisión de las Obras.
90. De otro lado, corresponde aclarar que la fijación de un procedimiento para el pago por concepto de seguimiento y control de la supervisión de las Obras no representa bajo ningún aspecto la creación de una obligación no contenida ni

¹⁹ La Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión entiende por "Etapa de Ejecución de Obras" al "(...) período en el cual el CONCESIONARIO debe realizar los trabajos para construir la infraestructura vial cumpliendo con los requerimientos establecidos en el presente Contrato".

²⁰ En efecto, la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA" se indica que el concesionario deberá cubrir los gastos que demande la supervisión de Obras durante el período de Construcción, así como el seguimiento y control de la Supervisión de las mismas para los fines exclusivamente de este Contrato. En tanto que el pago de supervisión se realiza mediante un fideicomiso constituido por la propia empresa concesionaria bajo un procedimiento previamente definido el último párrafo de la citada cláusula señala que "adicionalmente, el CONCESIONARIO pagará directamente al REGULADOR por concepto de Seguimiento y Control de Supervisión un monto equivalente al 0,5% de la Inversión Proyectada de cada etapa. Los pagos por este concepto se realizarán en las mismas fechas en que se efectúen los depósitos al fondo de fideicomiso antes referido. El depósito se realizará conforme lo indique el REGULADOR".



comprendida en el Contrato de Concesión puesto que como se señaló previamente, de la revisión integral de las Cláusulas 6.2, 9.10 y 15.4 del Contrato de Concesión y aplicando las reglas de buena fe establecidas en el Artículo 1362º de nuestro Código Civil, se observó que fue voluntad de las Partes el proveer de recursos suficientes al Regulador para realizar las acciones de fiscalización y supervisión que le competen durante el desarrollo de las Obras de Construcción, determinando que le corresponde al Concesionario asumir los gastos que demande las actividades que sobre el particular requiera el Regulador, sea que las realice directamente (seguimiento y control) o las efectúe de manera indirecta en caso lo requiera (evaluación del PID y ejecución de la supervisión de las Obras propiamente dicha); respetando de esa manera lo señalado en el ítem 6.1 de los Lineamientos.

91. En base a lo mencionado, corresponde concluir que la oportunidad en la cual se deba abonar el pago al Regulador por concepto de seguimiento y control, es de realizarse en la misma oportunidad en la cual se efectúan los pagos por concepto de evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y por la supervisión de obras propiamente dicha.

IV. CONCLUSIONES:

92. El carácter autónomo de los Organismos Reguladores en materia económica y financiera no sólo tiene por efecto proveer a dichas entidades de los recursos suficientes para cumplir con las funciones y obligaciones establecidas por la normativa de la materia y en los contratos de concesión, sino además para poder actuar con plena independencia y objetividad,.
93. La facultad de supervisión que la normativa de la materia otorga a OSITRAN incluye aquellas actividades que se han delegado a las Empresas Supervisoras, así como a las actividades de control y seguimiento que realiza este Organismo a las citadas empresas, las mismas que tienen por efecto observar el correcto cumplimiento y ejercicio de las obligaciones delegadas a terceros, puesto que repercute directamente en la función supervisora de OSITRAN.

El Contrato de Concesión ha establecido que para costear las actividades de supervisión de Obras que realiza el Regulador, ha sido decisión de las Partes que suscriben el Contrato de Concesión el establecer aportes específicos para la supervisión del correcto cumplimiento de las obligaciones del Concesionario durante la etapa de Construcción; actividades que no son cubiertas con el Aporte por Regulación que se indica en el Artículo 10º de la Ley Nº 27332.

94. Con relación a la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, y de lo señalado en el presente informe podemos concluir lo siguiente:

- a) Es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines determinados exclusivamente en el Contrato de Concesión por un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial.

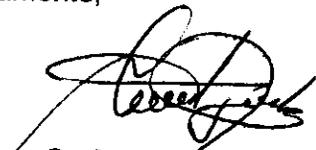
- b) Los conceptos que comprenden la actividad de supervisión de obras, cuyos costos son de cargo del Concesionario son los siguientes:

- Supervisión de Obras, la cual se subdivide en:



- Evaluación del Proyecto de Ingeniería de Detalle y del Estudio de Impacto Ambiental y;
 - La supervisión de las Obras propiamente dicha
- El seguimiento y control de la supervisión de las Obras.
- c) El procedimiento a seguir para el pago a favor del Regulador por la actividad de Supervisión de Obras se efectuarán en la oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

Atentamente,



Carlos Aguilar Meza
Gerente Adjunto de Supervisión

REG-19299



1948

1949

1950

1951

1952

1953

1954

1955