RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 28 de diciembre de 2009 **Nº 054-2009-CD-OSITRAN**

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

VISTOS:

Informe Nº 054-09-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha 24 de octubre de 2007, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5: Matarani – Azángaro e Ilo – Juliaca, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente o MTC, y COVISUR.

1.2 Mediante Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 10 de agosto de 2009, en vista que la Administración consideró conveniente realizar la interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se solicitó al Concesionario emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

1.3 Con Oficio Nº 255-09-GG-OSITRAN, recibido por el MTC el 10 de agosto de 2009, se solicitó al Concedente emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión. Cabe mencionar que durante el proceso de interpretación contractual, el Concedente no respondió al pedido formulado por OSITRAN.

1.4 Mediante Carta Nº 0553-2009-COVISUR, recibida con fecha 18 de agosto de 2009, COVISUR da respuesta al pedido de opinión realizado con el Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN.

1.5 Con Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, recibida por el Concesionario con fecha 27 de octubre de 2009, se remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por la cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, conforme se indica a continuación:

a) *Es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines exclusivos determinados en el Contrato de Concesión, hasta por un monto máximo de 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;*
  - *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 los conceptos de seguimiento y control de la supervisión de las Obras se efectuarán en la oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.*

1.6 Mediante escrito s/n recibido el 17 de noviembre de 2009, el Concesionario interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por el cual cuestionan la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión referida al monto que debe asumir el Concesionario por las actividades relacionadas con la Supervisión de Obras, en base a los siguientes argumentos:

- Al interpretar que los costos que asumirá el Concesionario son por un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial, constituye una flagrante violación del Artículo 62º de la Constitución Política, el cual señala que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

- Cuando la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión utiliza la frase "hasta un monto equivalente", no señala de ninguna manera que se pretende interpretar a través de la resolución recurrida que el monto es del 4%. Cuando la Cláusula 9.10 señala que el costo puede ser hasta 4%, es porque casualmente se está admitiendo que el costo pueda ser menor.

- Interpretar implica la potestad del organismo regulador de llenar vacíos o absolver dudas, aclarar conceptos ahí donde podría haber discrepancias en el sentido o alcance de una determinada cláusula contractual. No se puede interpretar ahí donde hay claridad. Interpretar no implica de manera alguna cambiar o modificar el alcance de una cláusula. OSITRAN no es parte en el

Contrato y por tanto no puede ni tiene potestad para modificar de manera unilateral el sentido de una determinada cláusula.

- Cuando PROINVERSION diseñó el Contrato, se tomó en cuenta las experiencias que hasta ese momento se habían tenido en la contratación de la empresa supervisoras para otros contratos regulados por OSITRAN, quien contrata a los supervisores mediante concurso público sobre un monto máximo, el cual será pagado por el Concesionario según el correspondiente contrato. En este caso, el monto máximo es del 4% de la Inversión Proyectada Referencial, lo que quiere decir que, y como en efecto ha sucedido, que la supervisión puede menor al porcentaje antes indicado.

- Los costos que genera la actividad de seguimiento y control de la supervisión que realiza OSITRAN deben estar necesariamente sustentados, a efectos no sólo para permitir la programación de gastos, sino para verificar que se les pretenda cobrar dentro del tope del 4%, tenga una justificación económica. Es decir, debe individualizarse el gasto e indicarse en qué será gastado.

- Resulta necesario que la Gerencia de Supervisión informe de manera oportuna, acerca de los costos y las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades de supervisión previstas en la Cláusula 9.10 del Contrato, y sin que ello implique una violación de la autonomía del Regulador. Por el contrario, lo que se exige es cautelar el Principio de Transparencia en el accionar de la administración.

II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

2.1 Los Artículos 207º y 208º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, salvo en los caso que los actos administrativos son emitidos por órgano que constituyen instancia única.

2.2 El Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, que remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, fue recibido por el Recurrente con fecha 27 de octubre de 2009.

2.3 De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso recurso impugnativo el día 17 de noviembre de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida al Consejo Directivo de OSITRAN.

2.4 En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación del mismo.

III. CUESTION EN DISCUSIÓN

1.1 De la lectura del Recurso de Reconsideración así como de la revisión del Expediente, se desprende que la cuestión en discusión es la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar a favor del Regulador para cubrir los costos derivados de las actividades de supervisión de Obras. A su vez, la cuestión en discusión se puede subdividir de la siguiente manera:

- Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión;
- Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario; y
- Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión.

3.1 Considerando que el recurso formulado por el Concesionario no se extiende hacia otros aspectos desarrollados en la interpretación contractual realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, se analizará únicamente lo referido a la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar para cubrir los costos relacionados a la Supervisión de las Obras.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTION EN DISCUSIÓN

Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión

4.1 En principio, el Concesionario señala que con la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN se ha establecido una modificación en las condiciones contractualmente establecidas, toda vez que se estaría imponiendo condiciones al Concesionario que no se extraen del Contrato de Concesión.

4.2 Sobre el particular, se considera que lo comentado por el Concesionario no se ajusta a los alcances de la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN. Para responder a lo señalado por el Concesionario, resulta necesario señalar los lineamientos que rigen la actuación de OSITRAN en relación a la interpretación de los Contratos de Concesión así como aclarar la naturaleza y los alcances de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, tomando en consideración lo establecido en la normativa aplicable y en el Contrato de Concesión.

4.3 Para ello, corresponde recordar que el Item 6.1 de los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobado mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN, al momento de desarrollar los lineamientos que debe seguir este Organismo Regulador es *"(...) descubrir su sentido y alcance. (...)".* Para lograr dichos objetivos, se deben utilizar los diversos métodos de interpretación de disposiciones contractuales, como el método sistemático, el cual, en base a la comparación con otras cláusulas *"(...) busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato (...)"*. Con la interpretación realizada, se analizó de manera sistemática las cláusulas que establecen la obligación del Concesionario de cubrir los costos que demande la supervisión de Obras. Si bien los lineamientos también reconocen como válido el método histórico, debe señalarse que la utilización de los métodos de interpretación no son excluyentes entre sí y por tanto se deberán ponderar al momento de analizar una estipulación[1].

4.4 A su vez, corresponde citar las cláusulas del Contrato de Concesión que determinan la obligación del Concesionario de asumir los costos derivados de las actividades de Supervisión que son de cargo de OSITRAN:

> *"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:*

[1] En los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" se señala que el "(…)*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 (…)". Sin embargo,*, debe señalarse que el hecho que PROINVERSIÓN, al momento de diseñar el Contrato de Concesión, tomó como referencia las experiencias anteriores para solventar de manera adecuada las actividades inherentes a la supervisión de Obras, ello no debe ser considerado como una limitación en la actividad de OSITRAN para establecer la modalidad en la cual pueda ejercer su función supervisora, sea mediante la contratación de empresas supervisoras o de manera directa. Ni el Contrato de Concesión ni la normativa que rige a OSITRAN limitan la capacidad de éste de lograr obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente por OSITRAN, por parte del Concesionario.

- *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.*

(…)
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 Nº 023-2003-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."
(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.5 Conforme a las citadas cláusulas, se debe observar que no sólo se establece que el Concesionario se encuentra obligado de abonar los montos necesarios para cubrir las actividades inherentes a la supervisión de Obras, sino además la facultad de OSITRAN de exigir al Concesionario el cumplimiento de dicha obligación, con el objeto de poder supervisar las Obras que ejecute el Concesionario.

4.6 Es en base a lo señalado que con la interpretación de la Cláusula 9.10 (la cual debe ser observada de manera integral y no de manera separada como lo realiza el Concesionario) se determinó tanto los conceptos que comprenden las actividades de supervisión de Obras, el mecanismo de pago y los montos que insume dicha obligación sin crear una obligación no contenida en el Contrato de Concesión.

4.7 Dicho esto, corresponde entender la naturaleza de la obligación establecida en la Cláusula 9.10. Sobre este aspecto, el Artículo 1457º del Código Civil permite la posibilidad que las partes de un contrato acuerden que una de ellas se comprometa a realizar una prestación en beneficio de una tercera persona[2].En el presente caso, se observa que dicho supuesto se encuentra desarrollado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión en vista que se indica que el beneficiario de la obligación de pago por

[2] *"Artículo 1457.- Definición*
Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
(…)"

concepto de Supervisión de Obras del Concesionario es un tercero distinto a las partes contratantes.

4.8 A efectos de desarrollar lo indicado en el Artículo 1457º del Código Civil, tenemos que la estipulación a favor de un tercero puede entenderse como aquella decisión de las Partes de atribuir un derecho a una tercera persona ajena al contrato, y que, no obstante, logra efectivamente atribuirse a esa tercera persona un derecho propiamente suyo.

4.9 Siguiendo lo señalado en el citado artículo, tenemos que en toda estipulación a favor de tercero está conformado por el Estipulante (en el presente caso, el Concedente), el Promitente (el Concesionario) y el Beneficiario (entiéndase, el Regulador).

4.10 Así, estamos frente a un caso en que se permite crear un derecho en favor de un tercero sin que medie su voluntad, por lo que se crea el derecho en el patrimonio del tercero desde el mismo instante en que se celebra la estipulación. De esta manera, la aceptación del tercero no es requisito de perfeccionamiento del contrato ni es presupuesto para que nazca el derecho del tercero, ya que existe desde que se perfecciona la estipulación, y envuelve, al mismo tiempo, un requisito para que éste pueda exigir la prestación.

4.11 Por tanto, podemos señalar que la aceptación que pueda hacer el beneficiario no crea el derecho, sino que éste emana directamente del contrato. La aceptación es únicamente presupuesto de su exigibilidad[3]. En sentido contrario, no habría estipulación contractual en beneficio de tercero si es que se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación pero sin poder exigirla.

4.12 Respecto a la exigibilidad de la prestación señalada en la Cláusula 9.10, debe indicarse que la relación que se genera entre el promitente (Concesionario) y el beneficiario (OSITRAN), es que el beneficiario ostenta la condición de acreedor, y el promitente la de deudor. Por efecto de la estipulación contractual, el promitente se encuentra directamente obligado al beneficiario, y el beneficiario es acreedor del promitente desde la celebración del contrato.

4.13 Una vez que el tercero beneficiario acepta expresa o tácitamente la estipulación, tendrá acción en contra del promitente para exigirle el cumplimiento forzado y/o la indemnización de perjuicios.

[3] Sobre este aspecto, el Artículo 1458º del Código Civil señala lo siguiente:
"Artículo 1458.- Origen y exigibilidad del derecho del tercero
El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.
(…)"
(El subrayado es nuestro)

4.14 En ese aspecto, tal es la facultad de OSITRAN de exigir el cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario que las Cláusulas 11.3 y 15.4 del Contrato de Concesión permiten que, en caso este último no cancele los montos establecidos en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión por el monto indicado y sin perjuicio del cobro de las multas administrativas que correspondan.

4.15 De lo mencionado se puede concluir que la Cláusula 9.10 establece no solo el deber del Concesionario de abonar un monto a favor del Regulador para facilitar el ejercicio de sus funciones, sino además un derecho a OSITRAN de percibir los abonos que realizará el Concesionario para cumplir con su obligación de supervisar las Obras. Con ello se comprueba que la interpretación realizada con la Resolución Nº 037-2009-CD-OSITRAN no ha modificado la obligación del Concesionario, sino que adecua el compromiso de COVISUR de acuerdo y conforme con las diversas cláusulas del Contrato de Concesión y con la normativa que rige a OSITRAN, las cuales determinan la plena exigibilidad de este Organismo de hacer valer el compromiso contractualmente establecido entre el Concedente y el Concesionario[4].

4.16 Por todo ello, corresponde declarar infundado en este extremo la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario

4.17 Conforme a lo señalado previamente, y con el objeto de observar que la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN no representa una modificación en la obligación del Concesionario, una vez revisada la obligación del Concesionario y la exigibilidad por parte de OSITRAN de requerir dicha estipulación contractual, corresponde desarrollar la facultad de supervisión de

[4] Sobre el particular el Artículo 14º de la Ley Nº 26917 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)

A su vez, los Artículos 62º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM precisa lo siguiente:
"Artículo 62.- Recursos.
Constituyen recursos propios del OSITRAN:
(…)
b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.
(…)
(El subrayado es nuestro)

OSITRAN y con ello entender el alcance de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

4.18 De acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, de conformidad con el Artículo 32º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM[5], " (...) *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.*"

4.19 Ahora, para el correcto ejercicio de la facultad de supervisión de OSITRAN, el Artículo 1º del citado Reglamento establece que la actividad de supervisión que ejerce este Organismo Regulador se realiza bajo cualquier modalidad que se considere conveniente para obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, 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.*
> *(...)*
> (El subrayado y resaltado es nuestro)

4.20 Considerando la finalidad que tiene la facultad de supervisión de OSITRAN desarrollada en el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, el Artículo 6º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 036-2004-CD/OSITRAN, al momento de describir las materias de supervisión, señala a manera de ejemplo las actividades que puede realizar el Regulador para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Concesionario[6]. A su vez, el Artículo 9º del citado cuerpo normativo permite que

---

[5] *"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 PRESTADORAS[5] 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.
(...)"

[6] *"Artículo Nº 6.- De las materias de supervisión*
Las materias de supervisión son las siguientes:

OSITRAN pueda realizar actividades de supervisión no programadas originalmente en el Plan Anual de Supervisión[7].

4.21 Como puede observarse, a pesar que muchas de las actividades inherentes a la supervisión que realiza OSITRAN pueden estar descritas, ello no impide ni limita que, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales contraídas por el Concesionario, se requieran tomar medidas adicionales para supervisar al Concesionario.

4.22 Además, debe indicarse que la labor de supervisión que realiza OSITRAN se encuentra marcada además por las diversas circunstancias que pueden suscitarse durante la vigencia de la concesión.

---

a) Económicas y Comerciales: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ***tales como:***
1. La aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, y los contratos de acceso;
2. La aplicación de tarifas y políticas comerciales anunciadas por la Entidad Prestadora;
3. La atención a los reclamos de los usuarios;
4. Los principios de no discriminación y neutralidad; y,
5. Otros similares
b) Operativas: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma, ***tales como:***
1. Los estándares de calidad de los servicios;
2. El mantenimiento de la infraestructura correspondiente;
3. Las obligaciones contractuales referidas a la gestión ambiental;
4. Las obligaciones contractuales referidas a seguridad;
5. Los registros de tráfico en caso la facturación se de con empresas vinculadas; y,
6. Otros similares;
c) Inversiones: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas al desarrollo de nuevos proyectos para la construcción y rehabilitación de la infraestructura, y la ejecución de obras, relacionadas a la infraestructura de transporte de uso público, ***tales como:***
1. Los expedientes técnicos;
2. La construcción;
3. El equipamiento;
4. La seguridad operativa durante el proceso de construcción;
5. La gestión ambiental durante el proceso de construcción; y,
6. Otros similares.
d) Administrativas y Financieras: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a aspectos administrativos y financieros de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, tales como:
1. Los aportes de capital y las transferencias de acciones;
2. La vigencia de las pólizas de seguros y cartas fianzas;
3. La administración de los bienes concesionados;
4. Las operaciones de endeudamiento, hipotecas, fideicomisos, prendas, gravámenes y similares;
5. Los registros contables de las mejoras, de los activos intangibles relacionados, y la aplicación de la contabilidad regulatoria;
6. La presentación de información financiera;
7. Los pagos de la retribución al Estado;
8. Los pagos del aporte por regulación; y,
*9****. Otros similares.”***
(El subrayado y resaltado es nuestro)

[7] *“Artículo Nº 9.- Actividades de Supervisión No Programadas*
OSITRAN podrá realizar actividades de supervisión no previstas en el Plan Anual de Supervisión cuando se requiera verificar el cumplimiento de alguna obligación por existir indicios de la comisión de una infracción, de algún incumplimiento o de una inconducta.
En ciertos casos y a criterio de OSITRAN, estas actividades de supervisión podrán realizarse de manera encubierta, y el desarrollo de las mismas serán de conocimiento de la Entidad Prestadora en la oportunidad que el Órgano Supervisor lo considere conveniente o al final de la actividad de supervisión.”

4.23 En efecto, conforme se indicó en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, es obligación de OSITRAN verificar que la ejecución de las Obras por parte del Concesionario se realice conforme al Programa de Ejecución de Obras – PEO[8]. Sin embargo, la Sección VI del Contrato de Concesión contempla la posibilidad de modificar, ampliar o prorrogar el PEO, los cuales pueden generar la ampliación del plazo de ejecución de Obras y, eventualmente, la ampliación del plazo de la concesión. De igual forma, el Contrato contempla la posibilidad que las Partes puedan ejecutar Obras Adicionales.

4.24 Así, para la verificación de las obligaciones contractuales durante la etapa de construcción, se pueden presentar diversos hechos que generen que el Concesionario deba adecuar sus obligaciones y ante dichas circunstancias, el Regulador también deberá tomar las medidas pertinentes para realizar de manera adecuada sus actividades de supervisión a efectos de verificar el correcto cumplimiento de una obligación contractual durante dicha etapa.

4.25 En vista a lo mencionado, la ejecución de las labores de supervisión de obras que realiza OSITRAN dependerá también de la ejecución de las obligaciones del Concesionario, la cuales están propensas a cambios que obliguen al Regulador a modificar sus actividades originalmente contempladas, las cuales a su vez deben ser solventadas por el Concesionario (en el caso de la supervisión de Obras) conforme lo señalado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

4.26 Además, considerando que para la correcta ejecución de sus funciones es importante que OSITRAN cuente con los montos necesarios, también es necesario que éstos sean provistos oportunamente. Sin embargo, conforme se indicó en los anteriores puntos, será la ejecución continuada de las obligaciones del Concesionario las que marquen la forma en la cual el Regulador verificará la correcta ejecución de las Obras.

4.27 Por ello, en vista que para la correcta ejecución de las actividades de Supervisión de Obras es necesario que el Concesionario deba abonar los montos necesarios en las oportunidades de pago que se precisan en la interpretación realizada, se estima que la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión efectuada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN ha considerado adecuadamente tanto la naturaleza de la prestación de cargo del Concesionario como los alcances de la referida estipulación contractual, por lo que, en consecuencia, corresponde declarar infundada, en este extremo, la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión

[8] 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".*

4.28 Con relación a la rendición de cuentas que solicita el Concesionario sobre la actividades de supervisión de Obras que realiza OSITRAN, además de lo señalado oportunamente en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, se considera que no resulta posible acceder al pedido del Concesionario de informar de manera oportuna los costos que demanden las actividades de supervisión que realiza este Organismo Regulador, toda vez que, como se señaló en los puntos anteriores, al momento de exigir el cumplimiento de la obligación de pago por parte del Concesionario, OSITRAN no puede determinar todas las actividades que requerirá para verificar la correcta ejecución de las Obras por parte del Concesionario.

4.29 Asimismo, debe recalcarse que la exigencia del Concesionario de ser informado de las actividades de supervisión que realizará directa o indirectamente OSITRAN y los costos que insumen dichas actividades, además de afectar la autonomía y la independencia con la cual debe actuar todo Organismo Regulador frente a los grupos que influyen en su actividad (Gobierno, Entidades Prestadoras y usuarios), pueden obstaculizar las funciones a cargo de este Organismo Regulador, lo cual no sólo repercute en el adecuado cumplimiento de las obligaciones de cargo de este organismo, sino que pueden afectar la ejecución continuada de las diversas prestaciones a las que se obligan las Partes mediante el Contrato de Concesión[9]. Por ello, se considera infundado en este extremo lo solicitado por el Concesionario.

4.30 No obstante lo mencionado, debe señalarse que la exigencia de la obligación contenida en la Cláusula 9.10 por parte de OSITRAN tiene como único objetivo el efectivo cumplimiento de las obligaciones de supervisar la correcta ejecución de las Obras que realiza el Concesionario, ello en respeto de las facultades otorgadas por la normativa que lo rige y por las estipulaciones contractuales pertinentes. Por ello, se debe recalcar que la actividad del Regulador, al igual que las diversas entidades públicas, se sujeta a las medidas de control que se establecen, con lo cual se considera que el principio de transparencia que rige la actuación de OSITRAN no se ve afectado.

4.31 Por lo mencionado, corresponde que en este apartado se declare infundada la impugnación planteada por el Concesionario.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe Nº 054-09-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. Nº 044-2006-PCM y modificado por el D.S. Nº 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Nº 336 de fecha 22 de diciembre de 2009;

[9] Sobre dicho aspecto, las cláusulas 2.7 y 2.8 del Contrato de Concesión, al momento de describir las características que tiene dicha relación contractual, precisa lo siguiente:
"Caracteres
(…)
2.7.- El Contrato es principal, de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada (…)
2.8.- Considerando la naturaleza pública de la titularidad de los Bienes de la Concesión, el Servicio que es materia del Contrato se rige por los principios de continuidad, regularidad y no discriminación."

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. la presente resolución.

CUARTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

QUINTO.- 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.Nº PD Nº 25657-09

OSITRAN
CERENCIA GENERAL
17 DIC. 2009
RECIBIDO
Firma Hora 10:2

OSITRAN
GERENCIA DE SUPERVISION
17 DIC. 2009
RECIBIDO
Firma Hora 10:3

INFORME Nº 054-09-GAL-OSITRAN

A : **Jorge Montesinos Córdova**
Gerente General

C.c. : **Carlos Aguilar Meza**
Gerente de Supervisión

Asunto : Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN

Referencia : Escrito s/n de fecha 17 de noviembre de 2009

Fecha : 17 de diciembre de 2009

I. OBJETIVO

El objetivo del presente Informe es emitir opinión legal sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en adelante el Concesionario, COVISUR y/o Recurrente, en contra de la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, mediante el cual se Interpretó 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.

II. ANTECEDENTES

2.1. 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 COVISUR, 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).

2.2. Mediante Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 10 de agosto de 2009, en vista que la Administración consideró conveniente realizar la interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se solicitó al Concesionario emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

2.3. Con Oficio Nº 255-09-GG-OSITRAN, recibido por el MTC el 10 de agosto de 2009, se solicitó al Concedente emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión. Cabe mencionar que durante el proceso de interpretación contractual, el Concedente no respondió al pedido formulado por OSITRAN.

2.4. Mediante Carta Nº 0553-2009-COVISUR, recibida con fecha 18 de agosto de 2009, COVISUR da respuesta al pedido de opinión realizado con el Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN.

2.5. Con Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, recibida por el Concesionario con fecha 27 de octubre de 2009, se remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por la cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, conforme se indica a continuación:

a) *Es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines exclusivos determinados en el Contrato de Concesión, hasta por un monto máximo de 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;*
  • *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 los conceptos de seguimiento y control de la supervisión de las Obras se efectuarán en la oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.*

2.6. Mediante escrito s/n recibido el 17 de noviembre de 2009, el Concesionario interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por el cual cuestionan la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión referida al monto que debe asumir el Concesionario por las actividades relacionadas con la Supervisión de Obras, en base a los siguientes argumentos:

- Al interpretar que los costos que asumirá el Concesionario son por un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial, constituye una flagrante violación del Artículo 62º de la Constitución Política, el cual señala que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

- Cuando la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión utiliza la frase "hasta un monto equivalente", no señala de ninguna manera que se pretende interpretar a través de la resolución recurrida que el monto es del 4%. Cuando la Cláusula 9.10 señala que el costo puede ser hasta 4%, es porque casualmente se está admitiendo que el costo pueda ser menor.

- Interpretar implica la potestad del organismo regulador de llenar vacíos o absolver dudas, aclarar conceptos ahí donde podría haber discrepancias en el sentido o alcance de una determinada cláusula contractual. No se puede interpretar ahí donde hay claridad. Interpretar no implica de manera alguna cambiar o modificar el alcance de una cláusula. OSITRAN no es parte en el Contrato y por tanto no puede ni tiene potestad para modificar de manera unilateral el sentido de una determinada cláusula.

- Cuando PROINVERSION diseñó el Contrato, se tomó en cuenta las experiencias que hasta ese momento se habían tenido en la contratación de la empresa supervisoras para otros contratos regulados por OSITRAN, quien contrata a los supervisores mediante concurso público sobre un monto máximo, el cual será pagado por el Concesionario según el correspondiente contrato. En este caso, el monto máximo es del 4% de la Inversión Proyectada Referencial, lo que

quiere decir que, y como en efecto ha sucedido, que la supervisión puede menor al porcentaje antes indicado.

- Los costos que genera la actividad de seguimiento y control de la supervisión que realiza OSITRAN deben estar necesariamente sustentados, a efectos no sólo para permitir la programación de gastos, sino para verificar que se les pretenda cobrar dentro del tope del 4%, tenga una justificación económica. Es decir, debe individualizarse el gasto e indicarse en qué será gastado.

- Resulta necesario que la Gerencia de Supervisión informe de manera oportuna, acerca de los costos y las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades de supervisión previstas en la Cláusula 9.10 del Contrato, y sin que ello implique una violación de la autonomía del Regulador. Por el contrario, lo que se exige es cautelar el Principio de Transparencia en el accionar de la administración.

III. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Los Artículos 207º y 208º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, salvo en los caso que los actos administrativos son emitidos por órgano que constituyen instancia única.

3.2. El Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, que remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, fue recibido por el Recurrente con fecha 27 de octubre de 2009.

3.3. De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso recurso impugnativo el día 17 de noviembre de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida al Consejo Directivo de OSITRAN.

3.6 En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación del mismo.

IV. CUESTION EN DISCUSIÓN

4.1 De la lectura del Recurso de Reconsideración así como de la revisión del Expediente, se desprende que la cuestión en discusión es la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar a favor del Regulador para cubrir los costos derivados de las actividades de supervisión de Obras. A su vez, la cuestión en discusión se puede subdividir de la siguiente manera:

- Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión;

- Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario; y

- Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión.

4.2 Considerando que el recurso formulado por el Concesionario no se extiende hacia otros aspectos desarrollados en la interpretación contractual realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, se analizará únicamente lo referido a la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar para cubrir los costos relacionados a la Supervisión de las Obras.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTION EN DISCUSIÓN

Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión

5.1 En principio, el Concesionario señala que con la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN se ha establecido una modificación en las condiciones contractualmente establecidas, toda vez que se estaría imponiendo condiciones al Concesionario que no se extraen del Contrato de Concesión.

5.2 Sobre el particular, se considera que lo comentado por el Concesionario no se ajusta a los alcances de la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN. Para responder a lo señalado por el Concesionario, resulta necesario señalar los lineamientos que rigen la actuación de OSITRAN en relación a la interpretación de los Contratos de Concesión así como aclarar la naturaleza y los alcances de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, tomando en consideración lo establecido en la normativa aplicable y en el Contrato de Concesión.

5.3 Para ello, corresponde recordar que el Item 6.1 de los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobado mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN, al momento de desarrollar los lineamientos que debe seguir este Organismo Regulador es *"(...) descubrir su sentido y alcance. (...)"*. Para lograr dichos objetivos, se deben utilizar los diversos métodos de interpretación de disposiciones contractuales, como el método sistemático, el cual, en base a la comparación con otras cláusulas *"(...) busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato (...)"*. Con la interpretación realizada, se analizó de manera sistemática las cláusulas que establecen la obligación del Concesionario de cubrir los costos que demande la supervisión de Obras. Si bien los lineamientos también reconocen como válido el método histórico, debe señalarse que la utilización de los métodos de interpretación no son excluyentes entre sí y por tanto se deberán ponderar al momento de analizar una estipulación[1].

5.4 A su vez, corresponde citar las cláusulas del Contrato de Concesión que determinan la obligación del Concesionario de asumir los costos derivados de las actividades de Supervisión que son de cargo de OSITRAN:

[1]En los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" se señala que el "(...)*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 (...)". Sin embargo,*, debe señalarse que el hecho que PROINVERSIÓN, al momento de diseñar el Contrato de Concesión, tomó como referencia las experiencias anteriores para solventar de manera adecuada las actividades inherentes a la supervisión de Obras, ello no debe ser considerado como una limitación en la actividad de OSITRAN para establecer la modalidad en la cual pueda ejercer su función supervisora, sea mediante la contratación de empresas supervisoras o de manera directa. Ni el Contrato de Concesión ni la normativa que rige a OSITRAN limitan la capacidad de éste de lograr obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente por OSITRAN, por parte del Concesionario.

"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.*

(...)
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 Nº 023-2003-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."
(El subrayado y resaltado es nuestro)

5.5 Conforme a las citadas cláusulas, se debe observar que no sólo se establece que el Concesionario se encuentra obligado de abonar los montos necesarios para cubrir las actividades inherentes a la supervisión de Obras, sino además la facultad de OSITRAN de exigir al Concesionario el cumplimiento de dicha obligación, con el objeto de poder supervisar las Obras que ejecute el Concesionario.

5.6 Es en base a lo señalado que con la interpretación de la Cláusula 9.10 (la cual debe ser observada de manera integral y no de manera separada como lo realiza el Concesionario) se determinó tanto los conceptos que comprenden las actividades de supervisión de Obras, el mecanismo de pago y los montos que insume dicha obligación sin crear una obligación no contenida en el Contrato de Concesión.

5.7 Dicho esto, corresponde entender la naturaleza de la obligación establecida en la Cláusula 9.10. Sobre este aspecto, el Artículo 1457º del Código Civil permite la posibilidad que las partes de un contrato acuerden que una de ellas se comprometa a realizar una prestación en beneficio de una tercera persona[2].En el presente caso, se observa que dicho supuesto se encuentra desarrollado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión en vista que se indica que el beneficiario de la obligación de pago por concepto de Supervisión de Obras del Concesionario es un tercero distinto a las partes contratantes.

OSITRAN V°B° R. VÉLEZ

[2] *"Artículo 1457.- Definición*
Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
(...)"

5.8 A efectos de desarrollar lo indicado en el Artículo 1457º del Código Civil, tenemos que la estipulación a favor de un tercero puede entenderse como aquella decisión de las Partes de atribuir un derecho a una tercera persona ajena al contrato, y que, no obstante, logra efectivamente atribuirse a esa tercera persona un derecho propiamente suyo.

5.9 Siguiendo lo señalado en el citado artículo, tenemos que en toda estipulación a favor de tercero está conformado por el Estipulante (en el presente caso, el Concedente), el Promitente (el Concesionario) y el Beneficiario (entiéndase, el Regulador).

5.10 Así, estamos frente a un caso en que se permite crear un derecho en favor de un tercero sin que medie su voluntad, por lo que se crea el derecho en el patrimonio del tercero desde el mismo instante en que se celebra la estipulación. De esta manera, la aceptación del tercero no es requisito de perfeccionamiento del contrato ni es presupuesto para que nazca el derecho del tercero, ya que existe desde que se perfecciona la estipulación, y envuelve, al mismo tiempo, un requisito para que éste pueda exigir la prestación.

5.11 Por tanto, podemos señalar que la aceptación que pueda hacer el beneficiario no crea el derecho, sino que éste emana directamente del contrato. La aceptación es únicamente presupuesto de su exigibilidad[3]. En sentido contrario, no habría estipulación contractual en beneficio de tercero si es que se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación pero sin poder exigirla.

5.12 Respecto a la exigibilidad de la prestación señalada en la Cláusula 9.10, debe indicarse que la relación que se genera entre el promitente (Concesionario) y el beneficiario (OSITRAN), es que el beneficiario ostenta la condición de acreedor, y el promitente la de deudor. Por efecto de la estipulación contractual, el promitente se encuentra directamente obligado al beneficiario, y el beneficiario es acreedor del promitente desde la celebración del contrato.

5.13 Una vez que el tercero beneficiario acepta expresa o tácitamente la estipulación, tendrá acción en contra del promitente para exigirle el cumplimiento forzado y/o la indemnización de perjuicios.

5.14 En ese aspecto, tal es la facultad de OSITRAN de exigir el cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario que las Cláusulas 11.3 y 15.4 del Contrato de Concesión permiten que, en caso este último no cancele los montos establecidos en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión por el monto indicado y sin perjuicio del cobro de las multas administrativas que correspondan.

5.15 De lo mencionado se puede concluir que la Cláusula 9.10 establece no solo el deber del Concesionario de abonar un monto a favor del Regulador para facilitar el ejercicio de sus funciones, sino además un derecho a OSITRAN de percibir los abonos que realizará el Concesionario para cumplir con su obligación de supervisar las Obras. Con ello se comprueba que la interpretación realizada con la Resolución Nº 037-2009-CD-OSITRAN no ha modificado la obligación del Concesionario, sino que adecua el compromiso de

---

[3] Sobre este aspecto, el Artículo 1458º del Código Civil señala lo siguiente:
"Artículo 1458.- Origen y exigibilidad del derecho del tercero
El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.
(...)"
(El subrayado es nuestro)

COVISUR de acuerdo y conforme con las diversas cláusulas del Contrato de Concesión y con la normativa que rige a OSITRAN, las cuales determinan la plena exigibilidad de este Organismo de hacer valer el compromiso contractualmente establecido entre el Concedente y el Concesionario[4].

5.16 Por todo ello, se recomienda declarar infundado en este extremo la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario

5.17 Conforme a lo señalado previamente, y con el objeto de observar que la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN no representa una modificación en la obligación del Concesionario, una vez revisada la obligación del Concesionario y la exigibilidad por parte de OSITRAN de requerir dicha estipulación contractual, corresponde desarrollar la facultad de supervisión de OSITRAN y con ello entender el alcance de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

5.18 De acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, de conformidad con el Artículo 32º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM[5], " (...) *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*."

5.19 Ahora, para el correcto ejercicio de la facultad de supervisión de OSITRAN, el Artículo 1º del citado Reglamento establece que la actividad de supervisión que ejerce este Organismo Regulador se realiza bajo cualquier modalidad que se considere conveniente para obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, conforme se observa a continuación:

"Artículo 1.- Definiciones:
Para efectos de este REGLAMENTO entiéndase por:

---

[4] Sobre el particular el Artículo 14º de la Ley Nº 26917 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)

A su vez, los Artículos 62º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM precisa lo siguiente:
"Artículo 62.- Recursos.
Constituyen recursos propios del OSITRAN:
(...)
b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.
(...)
(El subrayado es nuestro)

[5] *"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 PRESTADORAS[5] 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.
(...)"

(...)
*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.*
(...)
(El subrayado y resaltado es nuestro)

5.20 Considerando la finalidad que tiene la facultad de supervisión de OSITRAN desarrollada en el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, el Artículo 6º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 036-2004-CD/OSITRAN, al momento de describir las materias de supervisión, señala a manera de ejemplo las actividades que puede realizar el Regulador para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Concesionario[6]. A su vez, el Artículo 9º del citado cuerpo normativo permite que OSITRAN pueda realizar actividades de supervisión no programadas originalmente en el Plan Anual de Supervisión[7].

5.21 Como puede observarse, a pesar que muchas de las actividades inherentes a la supervisión que realiza OSITRAN pueden estar descritas, ello no impide ni

---

[6] *"Artículo Nº 6.- De las materias de supervisión*
Las materias de supervisión son las siguientes:
*a) Económicas y Comerciales: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, **tales como:***
1. La aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, y los contratos de acceso;
2. La aplicación de tarifas y políticas comerciales anunciadas por la Entidad Prestadora;
3. La atención a los reclamos de los usuarios;
4. Los principios de no discriminación y neutralidad; y,
5. Otros similares
*b) Operativas: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma, **tales como:***
1. Los estándares de calidad de los servicios;
2. El mantenimiento de la infraestructura correspondiente;
3. Las obligaciones contractuales referidas a la gestión ambiental;
4. Las obligaciones contractuales referidas a seguridad;
5. Los registros de tráfico en caso la facturación se de con empresas vinculadas; y,
6. Otros similares;
*c) Inversiones: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas al desarrollo de nuevos proyectos para la construcción y rehabilitación de la infraestructura, y la ejecución de obras, relacionadas a la infraestructura de transporte de uso público, **tales como:***
1. Los expedientes técnicos;
2. La construcción;
3. El equipamiento;
4. La seguridad operativa durante el proceso de construcción;
5. La gestión ambiental durante el proceso de construcción; y,
6. Otros similares.
d) Administrativas y Financieras: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a aspectos administrativos y financieros de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, tales como:
1. Los aportes de capital y las transferencias de acciones;
2. La vigencia de las pólizas de seguros y cartas fianzas;
3. La administración de los bienes concesionados;
4. Las operaciones de endeudamiento, hipotecas, fideicomisos, prendas, gravámenes y similares;
5. Los registros contables de las mejoras, de los activos intangibles relacionados, y la aplicación de la contabilidad regulatoria;
6. La presentación de información financiera;
7. Los pagos de la retribución al Estado;
8. Los pagos del aporte por regulación; y,
*9. **Otros similares.**"*
(El subrayado y resaltado es nuestro)

[7] *"Artículo Nº 9.- Actividades de Supervisión No Programadas*
OSITRAN podrá realizar actividades de supervisión no previstas en el Plan Anual de Supervisión cuando se requiera verificar el cumplimiento de alguna obligación por existir indicios de la comisión de una infracción, de algún incumplimiento o de una inconducta.
En ciertos casos y a criterio de OSITRAN, estas actividades de supervisión podrán realizarse de manera encubierta, y el desarrollo de las mismas serán de conocimiento de la Entidad Prestadora en la oportunidad que el Órgano Supervisor lo considere conveniente o al final de la actividad de supervisión."

limita que, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales contraídas por el Concesionario, se requieran tomar medidas adicionales para supervisar al Concesionario.

5.22 Además, debe indicarse que la labor de supervisión que realiza OSITRAN se encuentra marcada además por las diversas circunstancias que pueden suscitarse durante la vigencia de la concesión.

5.23 En efecto, conforme se indicó en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, es obligación de OSITRAN verificar que la ejecución de las Obras por parte del Concesionario se realice conforme al Programa de Ejecución de Obras – PEO[8]. Sin embargo, la Sección VI del Contrato de Concesión contempla la posibilidad de modificar, ampliar o prorrogar el PEO, los cuales pueden generar la ampliación del plazo de ejecución de Obras y, eventualmente, la ampliación del plazo de la concesión. De igual forma, el Contrato contempla la posibilidad que las Partes puedan ejecutar Obras Adicionales.

5.24 Así, para la verificación de las obligaciones contractuales durante la etapa de construcción, se pueden presentar diversos hechos que generen que el Concesionario deba adecuar sus obligaciones y ante dichas circunstancias, el Regulador también deberá tomar las medidas pertinentes para realizar de manera adecuada sus actividades de supervisión a efectos de verificar el correcto cumplimiento de una obligación contractual durante dicha etapa.

5.25 En vista a lo mencionado, la ejecución de las labores de supervisión de obras que realiza OSITRAN dependerá también de la ejecución de las obligaciones del Concesionario, la cuales están propensas a cambios que obliguen al Regulador a modificar sus actividades originalmente contempladas, las cuales a su vez deben ser solventadas por el Concesionario (en el caso de la supervisión de Obras) conforme lo señalado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

5.26 Además, considerando que para la correcta ejecución de sus funciones es importante que OSITRAN cuente con los montos necesarios, también es necesario que éstos sean provistos oportunamente. Sin embargo, conforme se indicó en los anteriores puntos, será la ejecución continuada de las obligaciones del Concesionario las que marquen la forma en la cual el Regulador verificará la correcta ejecución de las Obras.

5.27 Por ello, en vista que para la correcta ejecución de las actividades de Supervisión de Obras es necesario que el Concesionario deba abonar los montos necesarios en las oportunidades de pago que se precisan en la interpretación realizada, se estima que la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión efectuada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN ha considerado adecuadamente tanto la naturaleza de la prestación de cargo del Concesionario como los alcances de la referida estipulación contractual, por lo que, en consecuencia, se recomienda declarar infundada, en este extremo, la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión

[8] 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"*.

5.28 Con relación a la rendición de cuentas que solicita el Concesionario sobre la actividades de supervisión de Obras que realiza OSITRAN, además de lo señalado oportunamente en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, se considera que no resulta posible acceder al pedido del Concesionario de informar de manera oportuna los costos que demanden las actividades de supervisión que realiza este Organismo Regulador, toda vez que, como se señaló en los puntos anteriores, al momento de exigir el cumplimiento de la obligación de pago por parte del Concesionario, OSITRAN no puede determinar todas las actividades que requerirá para verificar la correcta ejecución de las Obras por parte del Concesionario.

5.29 Asimismo, debe recalcarse que la exigencia del Concesionario de ser informado de las actividades de supervisión que realizará directa o indirectamente OSITRAN y los costos que insumen dichas actividades, además de afectar la autonomía y la independencia con la cual debe actuar todo Organismo Regulador frente a los grupos que influyen en su actividad (Gobierno, Entidades Prestadoras y usuarios), pueden obstaculizar las funciones a cargo de este Organismo Regulador, lo cual no sólo repercute en el adecuado cumplimiento de las obligaciones de cargo de este organismo, sino que pueden afectar la ejecución continuada de las diversas prestaciones a las que se obligan las Partes mediante el Contrato de Concesión[9]. Por ello, se considera infundado en este extremo lo solicitado por el Concesionario.

5.30 No obstante lo mencionado, debe señalarse que la exigencia de la obligación contenida en la Cláusula 9.10 por parte de OSITRAN tiene como único objetivo el efectivo cumplimiento de las obligaciones de supervisar la correcta ejecución de las Obras que realiza el Concesionario, ello en respeto de las facultades otorgadas por la normativa que lo rige y por las estipulaciones contractuales pertinentes. Por ello, se debe recalcar que la actividad del Regulador, al igual que las diversas entidades públicas, se sujeta a las medidas de control que se establecen, con lo cual se considera que el principio de transparencia que rige la actuación de OSITRAN no se ve afectado.

5.31 Por lo mencionado, se recomienda que, en este apartado, se declare infundada la impugnación planteada por el Concesionario.

5.32 De la evaluación de lo alegado por el Concesionario y de la revisión del Expediente, se recomienda declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN.

VI. CONCLUSIONES:

1. En razón de lo anotado en los puntos precedentes, corresponde declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por las razones expuestas en el presente informe.

2. Declarar agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

[9] Sobre dicho aspecto, las cláusulas 2.7 y 2.8 del Contrato de Concesión, al momento de describir las características que tiene dicha relación contractual, precisa lo siguiente:
"Caracteres
(...)
2.7.- El Contrato es principal, de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada (...)
2.8.- Considerando la naturaleza pública de la titularidad de los Bienes de la Concesión, el Servicio que es materia del Contrato se rige por los principios de continuidad, regularidad y no discriminación."

VII. RECOMENDACIÓN:

Se recomienda que el Presidente del Consejo Directivo de OSITRAN suscriba el proyecto de Resolución que se adjunta, que disponga su correspondiente registro y, se comunique luego al domicilio señalado en el Contrato de Concesión por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.

Atentamente,

ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal

VMM/gvz
Reg. Sal. GAL Nº 24986-09
HR. 21756-09

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 00..... -2009-CD-OSITRAN

Lima, xx de diciembre de 2009

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

VISTOS:

Informe Nº 054-09-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha 24 de octubre de 2007, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5: Matarani – Azángaro e Ilo – Juliaca, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente o MTC, y COVISUR.

1.2 Mediante Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 10 de agosto de 2009, en vista que la Administración consideró conveniente realizar la interpretación de oficio de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se solicitó al Concesionario emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

1.3 Con Oficio Nº 255-09-GG-OSITRAN, recibido por el MTC el 10 de agosto de 2009, se solicitó al Concedente emitir opinión respecto al alcance y sentido de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión. Cabe mencionar que durante el proceso de interpretación contractual, el Concedente no respondió al pedido formulado por OSITRAN.

1.4 Mediante Carta Nº 0553-2009-COVISUR, recibida con fecha 18 de agosto de 2009, COVISUR da respuesta al pedido de opinión realizado con el Oficio Nº 254-09-GG-OSITRAN.

1.5 Con Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, recibida por el Concesionario con fecha 27 de octubre de 2009, se remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por la cual el Consejo Directivo de OSITRAN interpretó la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, conforme se indica a continuación:

a) *Es obligación del Concesionario asumir los costos derivados de las actividades de supervisión de obras, para los fines exclusivos determinados en el Contrato de Concesión, hasta por un monto máximo de 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;*

- *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 los conceptos de seguimiento y control de la supervisión de las Obras se efectuarán en la oportunidad señalada en el tercer párrafo de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.*

1.6 Mediante escrito s/n recibido el 17 de noviembre de 2009, el Concesionario interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por el cual cuestionan la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión referida al monto que debe asumir el Concesionario por las actividades relacionadas con la Supervisión de Obras, en base a los siguientes argumentos:

- Al interpretar que los costos que asumirá el Concesionario son por un monto equivalente al 4% de la Inversión Proyectada Referencial, constituye una flagrante violación del Artículo 62º de la Constitución Política, el cual señala que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

- Cuando la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión utiliza la frase "hasta un monto equivalente", no señala de ninguna manera que se pretende interpretar a través de la resolución recurrida que el monto es del 4%. Cuando la Cláusula 9.10 señala que el costo puede ser hasta 4%, es porque casualmente se está admitiendo que el costo pueda ser menor.

- Interpretar implica la potestad del organismo regulador de llenar vacíos o absolver dudas, aclarar conceptos ahí donde podría haber discrepancias en el sentido o alcance de una determinada cláusula contractual. No se puede interpretar ahí donde hay claridad. Interpretar no implica de manera alguna cambiar o modificar el alcance de una cláusula. OSITRAN no es parte en el Contrato y por tanto no puede ni tiene potestad para modificar de manera unilateral el sentido de una determinada cláusula.

- Cuando PROINVERSION diseñó el Contrato, se tomó en cuenta las experiencias que hasta ese momento se habían tenido en la contratación de la empresa supervisoras para otros contratos regulados por OSITRAN, quien contrata a los supervisores mediante concurso público sobre un monto máximo, el cual será pagado por el Concesionario según el correspondiente contrato. En este caso, el monto máximo es del 4% de la Inversión Proyectada Referencial, lo que quiere decir que, y como en efecto ha sucedido, que la supervisión puede menor al porcentaje antes indicado.

- Los costos que genera la actividad de seguimiento y control de la supervisión que realiza OSITRAN deben estar necesariamente sustentados, a efectos no sólo para permitir la programación de gastos, sino para verificar que se les pretenda cobrar dentro del tope del 4%, tenga una justificación económica. Es decir, debe individualizarse el gasto e indicarse en qué será gastado.

- Resulta necesario que la Gerencia de Supervisión informe de manera oportuna, acerca de los costos y las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades desarrolladas o a ser ejecutadas para dar cumplimiento a las actividades de supervisión

previstas en la Cláusula 9.10 del Contrato, y sin que ello implique una violación de la autonomía del Regulador. Por el contrario, lo que se exige es cautelar el Principio de Transparencia en el accionar de la administración.

II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

2.1 Los Artículos 207º y 208º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, salvo en los caso que los actos administrativos son emitidos por órgano que constituyen instancia única.

2.2 El Oficio Circular Nº 095-09-SCD-OSITRAN, que remite la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, fue recibido por el Recurrente con fecha 27 de octubre de 2009.

2.3 De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso recurso impugnativo el día 17 de noviembre de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida al Consejo Directivo de OSITRAN.

2.4 En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación del mismo.

III. CUESTION EN DISCUSIÓN

1.1 De la lectura del Recurso de Reconsideración así como de la revisión del Expediente, se desprende que la cuestión en discusión es la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar a favor del Regulador para cubrir los costos derivados de las actividades de supervisión de Obras. A su vez, la cuestión en discusión se puede subdividir de la siguiente manera:

- Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión;
- Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario; y
- Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión.

3.1 Considerando que el recurso formulado por el Concesionario no se extiende hacia otros aspectos desarrollados en la interpretación contractual realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, se analizará únicamente lo referido a la determinación del porcentaje que el Concesionario debe abonar para cubrir los costos relacionados a la Supervisión de las Obras.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTION EN DISCUSIÓN

Respecto a si la interpretación de la Cláusula 9.10 representa una modificación del Contrato de Concesión

4.1 En principio, el Concesionario señala que con la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN se ha establecido una modificación en las condiciones contractualmente establecidas, toda vez que se estaría imponiendo condiciones al Concesionario que no se extraen del Contrato de Concesión.

4.2 Sobre el particular, se considera que lo comentado por el Concesionario no se ajusta a los alcances de la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN. Para responder a lo señalado por el Concesionario, resulta necesario señalar los lineamientos que rigen la actuación de OSITRAN en relación a la interpretación de los Contratos de Concesión así como aclarar la naturaleza y los alcances de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, tomando en consideración lo establecido en la normativa aplicable y en el Contrato de Concesión.

4.3 Para ello, corresponde recordar que el Item 6.1 de los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobado mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN, al momento de desarrollar los lineamientos que debe seguir este Organismo Regulador es *"(...) descubrir su sentido y alcance. (...)"*. Para lograr dichos objetivos, se deben utilizar los diversos métodos de interpretación de disposiciones contractuales, como el método sistemático, el cual, en base a la comparación con otras cláusulas *"(...) busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato (...)"*. Con la interpretación realizada, se analizó de manera sistemática las cláusulas que establecen la obligación del Concesionario de cubrir los costos que demande la supervisión de Obras. Si bien los lineamientos también reconocen como válido el método histórico, debe señalarse que la utilización de los métodos de interpretación no son excluyentes entre sí y por tanto se deberán ponderar al momento de analizar una estipulación[1].

4.4 A su vez, corresponde citar las cláusulas del Contrato de Concesión que determinan la obligación del Concesionario de asumir los costos derivados de las actividades de Supervisión que son de cargo de OSITRAN:

> *"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.*

[1] En los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" se señala que el "(...)*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 (...)". Sin embargo,*, debe señalarse que el hecho que PROINVERSIÓN, al momento de diseñar el Contrato de Concesión, tomó como referencia las experiencias anteriores para solventar de manera adecuada las actividades inherentes a la supervisión de Obras, ello no debe ser considerado como una limitación en la actividad de OSITRAN para establecer la modalidad en la cual pueda ejercer su función supervisora, sea mediante la contratación de empresas supervisoras o de manera directa. Ni el Contrato de Concesión ni la normativa que rige a OSITRAN limitan la capacidad de éste de lograr obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente por OSITRAN, por parte del Concesionario.

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.*

(...)
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 Nº 023-2003-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya."
(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.5 Conforme a las citadas cláusulas, se debe observar que no sólo se establece que el Concesionario se encuentra obligado de abonar los montos necesarios para cubrir las actividades inherentes a la supervisión de Obras, sino además la facultad de OSITRAN de exigir al Concesionario el cumplimiento de dicha obligación, con el objeto de poder supervisar las Obras que ejecute el Concesionario.

4.6 Es en base a lo señalado que con la interpretación de la Cláusula 9.10 (la cual debe ser observada de manera integral y no de manera separada como lo realiza el Concesionario) se determinó tanto los conceptos que comprenden las actividades de supervisión de Obras, el mecanismo de pago y los montos que insume dicha obligación sin crear una obligación no contenida en el Contrato de Concesión.

4.7 Dicho esto, corresponde entender la naturaleza de la obligación establecida en la Cláusula 9.10. Sobre este aspecto, el Artículo 1457º del Código Civil permite la posibilidad que las partes de un contrato acuerden que una de ellas se comprometa a realizar una prestación en beneficio de una tercera persona[2].En el presente caso, se observa que dicho supuesto se encuentra desarrollado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión en vista que se indica que el beneficiario de la obligación de pago por concepto de Supervisión de Obras del Concesionario es un tercero distinto a las partes contratantes.

4.8 A efectos de desarrollar lo indicado en el Artículo 1457º del Código Civil, tenemos que la estipulación a favor de un tercero puede entenderse como aquella decisión de las Partes de atribuir un derecho a una tercera persona ajena al contrato, y que, no obstante, logra efectivamente atribuirse a esa tercera persona un derecho propiamente suyo.

4.9 Siguiendo lo señalado en el citado artículo, tenemos que en toda estipulación a favor de tercero está conformado por el Estipulante (en el presente caso, el Concedente), el Promitente (el Concesionario) y el Beneficiario (entiéndase, el Regulador).

---

[2] *"Artículo 1457.- Definición*
Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
(...)"

4.10 Así, estamos frente a un caso en que se permite crear un derecho en favor de un tercero sin que medie su voluntad, por lo que se crea el derecho en el patrimonio del tercero desde el mismo instante en que se celebra la estipulación. De esta manera, la aceptación del tercero no es requisito de perfeccionamiento del contrato ni es presupuesto para que nazca el derecho del tercero, ya que existe desde que se perfecciona la estipulación, y envuelve, al mismo tiempo, un requisito para que éste pueda exigir la prestación.

4.11 Por tanto, podemos señalar que la aceptación que pueda hacer el beneficiario no crea el derecho, sino que éste emana directamente del contrato. La aceptación es únicamente presupuesto de su exigibilidad[3]. En sentido contrario, no habría estipulación contractual en beneficio de tercero si es que se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación pero sin poder exigirla.

4.12 Respecto a la exigibilidad de la prestación señalada en la Cláusula 9.10, debe indicarse que la relación que se genera entre el promitente (Concesionario) y el beneficiario (OSITRAN), es que el beneficiario ostenta la condición de acreedor, y el promitente la de deudor. Por efecto de la estipulación contractual, el promitente se encuentra directamente obligado al beneficiario, y el beneficiario es acreedor del promitente desde la celebración del contrato.

4.13 Una vez que el tercero beneficiario acepta expresa o tácitamente la estipulación, tendrá acción en contra del promitente para exigirle el cumplimiento forzado y/o la indemnización de perjuicios.

4.14 En ese aspecto, tal es la facultad de OSITRAN de exigir el cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario que las Cláusulas 11.3 y 15.4 del Contrato de Concesión permiten que, en caso este último no cancele los montos establecidos en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, se podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión por el monto indicado y sin perjuicio del cobro de las multas administrativas que correspondan.

4.15 De lo mencionado se puede concluir que la Cláusula 9.10 establece no solo el deber del Concesionario de abonar un monto a favor del Regulador para facilitar el ejercicio de sus funciones, sino además un derecho a OSITRAN de percibir los abonos que realizará el Concesionario para cumplir con su obligación de supervisar las Obras. Con ello se comprueba que la interpretación realizada con la Resolución Nº 037-2009-CD-OSITRAN no ha modificado la obligación del Concesionario, sino que adecua el compromiso de COVISUR de acuerdo y conforme con las diversas cláusulas del Contrato de Concesión y con la normativa que rige a OSITRAN, las cuales determinan la plena exigibilidad de este Organismo de hacer valer el compromiso contractualmente establecido entre el Concedente y el Concesionario[4].

---

[3] Sobre este aspecto, el Artículo 1458º del Código Civil señala lo siguiente:
"Artículo 1458.- Origen y exigibilidad del derecho del tercero
El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.
(...)"
(El subrayado es nuestro)

[4] Sobre el particular el Artículo 14º de la Ley Nº 26917 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.

4.16 Por todo ello, corresponde declarar infundado en este extremo la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto a la necesidad de interpretar el monto equivalente al porcentaje de pagos que realizará el Concesionario

4.17 Conforme a lo señalado previamente, y con el objeto de observar que la interpretación realizada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN no representa una modificación en la obligación del Concesionario, una vez revisada la obligación del Concesionario y la exigibilidad por parte de OSITRAN de requerir dicha estipulación contractual, corresponde desarrollar la facultad de supervisión de OSITRAN y con ello entender el alcance de la obligación establecida en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

4.18 De acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, de conformidad con el Artículo 32º del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM[5], " (...) *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.*"

4.19 Ahora, para el correcto ejercicio de la facultad de supervisión de OSITRAN, el Artículo 1º del citado Reglamento establece que la actividad de supervisión que ejerce este Organismo Regulador se realiza bajo cualquier modalidad que se considere conveniente para obtener la información y/o verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, 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.*

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)

A su vez, los Artículos 62º del Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM precisa lo siguiente:
"Artículo 62.- Recursos.
Constituyen recursos propios del OSITRAN:
(...)
b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.
(...)
(El subrayado es nuestro)

[5] *"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 PRESTADORAS[5] 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.
(...)"

(...)
(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.20 Considerando la finalidad que tiene la facultad de supervisión de OSITRAN desarrollada en el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, el Artículo 6º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 036-2004-CD/OSITRAN, al momento de describir las materias de supervisión, señala a manera de ejemplo las actividades que puede realizar el Regulador para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Concesionario[6]. A su vez, el Artículo 9º del citado cuerpo normativo permite que OSITRAN pueda realizar actividades de supervisión no programadas originalmente en el Plan Anual de Supervisión[7].

4.21 Como puede observarse, a pesar que muchas de las actividades inherentes a la supervisión que realiza OSITRAN pueden estar descritas, ello no impide ni limita que, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales contraídas por el Concesionario, se requieran tomar medidas adicionales para supervisar al Concesionario.

---

[6] *"Artículo Nº 6.- De las materias de supervisión*
Las materias de supervisión son las siguientes:
a) Económicas y Comerciales: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ***tales como:***
1. La aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, y los contratos de acceso;
2. La aplicación de tarifas y políticas comerciales anunciadas por la Entidad Prestadora;
3. La atención a los reclamos de los usuarios;
4. Los principios de no discriminación y neutralidad; y,
5. Otros similares
b) Operativas: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma, ***tales como:***
1. Los estándares de calidad de los servicios;
2. El mantenimiento de la infraestructura correspondiente;
3. Las obligaciones contractuales referidas a la gestión ambiental;
4. Las obligaciones contractuales referidas a seguridad;
5. Los registros de tráfico en caso la facturación se de con empresas vinculadas; y,
6. Otros similares;
c) Inversiones: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas al desarrollo de nuevos proyectos para la construcción y rehabilitación de la infraestructura, y la ejecución de obras, relacionadas a la infraestructura de transporte de uso público, ***tales como:***
1. Los expedientes técnicos;
2. La construcción;
3. El equipamiento;
4. La seguridad operativa durante el proceso de construcción;
5. La gestión ambiental durante el proceso de construcción; y,
6. Otros similares.
d) Administrativas y Financieras: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a aspectos administrativos y financieros de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, tales como:
1. Los aportes de capital y las transferencias de acciones;
2. La vigencia de las pólizas de seguros y cartas fianzas;
3. La administración de los bienes concesionados;
4. Las operaciones de endeudamiento, hipotecas, fideicomisos, prendas, gravámenes y similares;
5. Los registros contables de las mejoras, de los activos intangibles relacionados, y la aplicación de la contabilidad regulatoria;
6. La presentación de información financiera;
7. Los pagos de la retribución al Estado;
8. Los pagos del aporte por regulación; y,
9. ***Otros similares."***
(El subrayado y resaltado es nuestro)

[7] *"Artículo Nº 9.- Actividades de Supervisión No Programadas*
OSITRAN podrá realizar actividades de supervisión no previstas en el Plan Anual de Supervisión cuando se requiera verificar el cumplimiento de alguna obligación por existir indicios de la comisión de una infracción, de algún incumplimiento o de una inconducta.
En ciertos casos y a criterio de OSITRAN, estas actividades de supervisión podrán realizarse de manera encubierta, y el desarrollo de las mismas serán de conocimiento de la Entidad Prestadora en la oportunidad que el Órgano Supervisor lo considere conveniente o al final de la actividad de supervisión."

4.22 Además, debe indicarse que la labor de supervisión que realiza OSITRAN se encuentra marcada además por las diversas circunstancias que pueden suscitarse durante la vigencia de la concesión.

4.23 En efecto, conforme se indicó en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, es obligación de OSITRAN verificar que la ejecución de las Obras por parte del Concesionario se realice conforme al Programa de Ejecución de Obras – PEO[8]. Sin embargo, la Sección VI del Contrato de Concesión contempla la posibilidad de modificar, ampliar o prorrogar el PEO, los cuales pueden generar la ampliación del plazo de ejecución de Obras y, eventualmente, la ampliación del plazo de la concesión. De igual forma, el Contrato contempla la posibilidad que las Partes puedan ejecutar Obras Adicionales.

4.24 Así, para la verificación de las obligaciones contractuales durante la etapa de construcción, se pueden presentar diversos hechos que generen que el Concesionario deba adecuar sus obligaciones y ante dichas circunstancias, el Regulador también deberá tomar las medidas pertinentes para realizar de manera adecuada sus actividades de supervisión a efectos de verificar el correcto cumplimiento de una obligación contractual durante dicha etapa.

4.25 En vista a lo mencionado, la ejecución de las labores de supervisión de obras que realiza OSITRAN dependerá también de la ejecución de las obligaciones del Concesionario, la cuales están propensas a cambios que obliguen al Regulador a modificar sus actividades originalmente contempladas, las cuales a su vez deben ser solventadas por el Concesionario (en el caso de la supervisión de Obras) conforme lo señalado en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión.

4.26 Además, considerando que para la correcta ejecución de sus funciones es importante que OSITRAN cuente con los montos necesarios, también es necesario que éstos sean provistos oportunamente. Sin embargo, conforme se indicó en los anteriores puntos, será la ejecución continuada de las obligaciones del Concesionario las que marquen la forma en la cual el Regulador verificará la correcta ejecución de las Obras.

4.27 Por ello, en vista que para la correcta ejecución de las actividades de Supervisión de Obras es necesario que el Concesionario deba abonar los montos necesarios en las oportunidades de pago que se precisan en la interpretación realizada, se estima que la interpretación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión efectuada mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN ha considerado adecuadamente tanto la naturaleza de la prestación de cargo del Concesionario como los alcances de la referida estipulación contractual, por lo que, en consecuencia, corresponde declarar infundada, en este extremo, la impugnación formulada por el Concesionario.

Respecto al requerimiento del Concesionario, en el sentido que OSITRAN sustente los costos que genere los costos derivados de las actividades de Supervisión

4.28 Con relación a la rendición de cuentas que solicita el Concesionario sobre la actividades de supervisión de Obras que realiza OSITRAN, además de lo señalado oportunamente en la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-

[8] 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".*

CD-OSITRAN, se considera que no resulta posible acceder al pedido del Concesionario de informar de manera oportuna los costos que demanden las actividades de supervisión que realiza este Organismo Regulador, toda vez que, como se señaló en los puntos anteriores, al momento de exigir el cumplimiento de la obligación de pago por parte del Concesionario, OSITRAN no puede determinar todas las actividades que requerirá para verificar la correcta ejecución de las Obras por parte del Concesionario.

4.29 Asimismo, debe recalcarse que la exigencia del Concesionario de ser informado de las actividades de supervisión que realizará directa o indirectamente OSITRAN y los costos que insumen dichas actividades, además de afectar la autonomía y la independencia con la cual debe actuar todo Organismo Regulador frente a los grupos que influyen en su actividad (Gobierno, Entidades Prestadoras y usuarios), pueden obstaculizar las funciones a cargo de este Organismo Regulador, lo cual no sólo repercute en el adecuado cumplimiento de las obligaciones de cargo de este organismo, sino que pueden afectar la ejecución continuada de las diversas prestaciones a las que se obligan las Partes mediante el Contrato de Concesión[9]. Por ello, se considera infundado en este extremo lo solicitado por el Concesionario.

4.30 No obstante lo mencionado, debe señalarse que la exigencia de la obligación contenida en la Cláusula 9.10 por parte de OSITRAN tiene como único objetivo el efectivo cumplimiento de las obligaciones de supervisar la correcta ejecución de las Obras que realiza el Concesionario, ello en respeto de las facultades otorgadas por la normativa que lo rige y por las estipulaciones contractuales pertinentes. Por ello, se debe recalcar que la actividad del Regulador, al igual que las diversas entidades públicas, se sujeta a las medidas de control que se establecen, con lo cual se considera que el principio de transparencia que rige la actuación de OSITRAN no se ve afectado.

4.31 Por lo mencionado, corresponde que en este apartado se declare infundada la impugnación planteada por el Concesionario.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe Nº 054-09-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. Nº 044-2006-PCM y modificado por el D.S. Nº 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha xx de diciembre de 2009;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 037-2009-CD-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

---

[9] Sobre dicho aspecto, las cláusulas 2.7 y 2.8 del Contrato de Concesión, al momento de describir las características que tiene dicha relación contractual, precisa lo siguiente:
"Caracteres
(...)
2.7.- El Contrato es principal, de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada (...)
2.8.- Considerando la naturaleza pública de la titularidad de los Bienes de la Concesión, el Servicio que es materia del Contrato se rige por los principios de continuidad, regularidad y no discriminación."

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. la presente resolución.

CUARTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

QUINTO.- 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.Nº PD Nº -09