

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 026-2008-CD-OSITRAN

Lima, 11 de junio de 2008

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

VISTOS:

Informe Nº 030-08-GS-GAL-OSITRAN, el Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo Nº 1024-259-08-CD-OSITRAN, así como el proyecto de resolución correspondiente, presentado en sesión de fecha 11 de junio último;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

1. Con fecha 09 de febrero de 2007 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Estado Peruano y la empresa Concesión Canchaque S.A. (en adelante, la Concesionaria).
2. Mediante Carta Nº CC-251-2007 presentada con fecha 10 de octubre de 2007, la Concesionaria solicita al Concedente la autorización para realizar las siguientes acciones:
 - Transferencia de una cantidad de acciones de propiedad de G&M equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de la empresa JJC.
 - Incorporación de JJC como constructor de las obras a ejecutarse en el tramo concesionado, quienes conjuntamente con G&M., realizarán las labores de construcción a través de un Consorcio que ambas constituirán para tal fin.
 - Transferencia de la totalidad de las acciones de propiedad de Concar S.A. en el capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de G&M.

3. Mediante Oficio N° 419-2007-MTC/25, recibido el 22 de octubre de 2007, el MTC, en su calidad de concedente del Tramo Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque, solicita a OSITRAN opinión respecto del requerimiento de autorización presentado por la empresa concesionaria.
4. Con fecha 22 de enero de 2008, mediante Oficio Circular N° 005-08-SCD-OSITRAN, se puso en conocimiento de la Concesionaria el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe N° 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN, mediante la cual se opina lo siguiente:

“ (...)

33. Respecto de la transferencia de una cantidad de acciones de propiedad de Graña & Montero S.A.A. equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de la empresa JJC Contratistas Generales S.A. consideramos que se debe restringir por un plazo de dos años, a partir de la fecha de inicio de la explotación, conforme se establece en el inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.

34. Respecto a la incorporación de JJC Contratistas Generales S.A. como constructor de las obras a ejecutarse en el tramo concesionado, quienes conjuntamente con GyM S.A.A, realizarán las labores de construcción a través de un Consorcio que ambas constituirán para tal fin, consideramos que se debe restringir tal incorporación teniendo en cuenta el principio de competencia mencionado en el presente informe.

35. Respecto a la transferencia de la totalidad de las acciones de propiedad de Concar S.A. en el capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de Graña & Montero S.A.A, no encontramos objeción.

(...)”

(Subrayado agregado)

5. Con fecha 08 de febrero de 2008, la Empresa Concesionaria, interpuso Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN.
6. Con fecha 9 de abril de 2008, el señor Gonzalo Ferraro Rey, representante de la Concesionaria, presentó su Informe Oral ante el Consejo Directivo, a efectos de sustentar su posición en relación a su recurso de reconsideración contra el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN. Durante la presentación de dicho informe, se le concedió la palabra al señor

Fernando Camet, representante de JJC, quien explicó las razones de su incorporación como accionista de la Concesión.

II. **OBJETIVO.-**

7. Determinar la procedencia del Recurso de Reconsideración presentado por la empresa Concesión Canchaque S.A. contra el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe N° 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN, que emite opinión respecto de:
 - La transferencia de una cantidad de acciones de propiedad de Graña & Montero S.A.A. (en lo sucesivo, G&M) equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de la empresa JJC Contratistas Generales S.A (en adelante, JJC).
 - La incorporación de JJC como constructor de las obras a ejecutarse en el tramo concesionado, quienes conjuntamente con G&M, realizarán las labores de construcción a través de un Consorcio que ambas constituirán para tal fin.
 - La transferencia de la totalidad de las acciones de propiedad de Concar S.A. en el capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de G&M.

III. **ANÁLISIS**

8. En esta parte se procederá a analizar y evaluar el Recurso de Reconsideración (en lo sucesivo, el Recurso) presentado por la Empresa Concesionaria contra el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba la Informe 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN.
9. Para tal fin, el presente análisis se ha estructurado de la siguiente manera:
 - A. Análisis de los requisitos de admisibilidad y procedencia del Recurso.
 - B. Análisis de los argumentos y cuestionamientos presentados en el Recurso de Reconsideración.

10. A continuación, se desarrolla cada uno de los puntos arriba señalados.

A. Análisis de los requisitos de admisibilidad y procedencia del Recurso.

11. Conforme al artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el acto administrativo se define como aquellas "(...) *declaraciones de las entidades que, en el marco de normas*

de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”

12. El inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión establece que, hasta el segundo año de la Fecha de Inicio de la Explotación, para que pueda existir transferencia, disposición o gravamen de las acciones representativas del capital social de la Empresa Concesionaria, entre los propios socios o accionistas de la misma y/o de los socios y/o accionistas a favor de terceros incluyendo a las personas jurídicas postoras o de los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso, previamente el Regulador debe emitir opinión favorable, sobre dicha transferencia, disposición o gravamen.
13. Del mismo modo, de acuerdo con el inciso v) d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, las modificaciones que impliquen cambios del Constructor o en la participación accionaria de los accionistas de éstos que acreditaron el cumplimiento de los requisitos de precalificación durante la etapa del Concurso a través de un consorcio, así como la celebración de nuevos Contratos de Construcción, requerirán de la aprobación previa del MTC, en su calidad de CONCEDENTE, quien, para tal efecto, deberá contar con la opinión favorable del REGULADOR.
14. Como se desprende de lo dispuesto por el Contrato de Concesión, concordante con lo establecido en el artículo 37º, inciso b) del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 044-2006-PCM, la opinión de OSITRAN, respecto de las transferencias de acciones de la Empresa Concesionaria y el cambio de constructor o en la participación accionaria del mismo, **es vinculante**, produciendo efectos jurídicos sobre los intereses y derechos para las partes del Contrato, del Concedente (MTC) y la Empresa Concesionaria, puesto que para que el MTC pueda evaluar si aprueba o autoriza los mismos, previamente debe contar con una **opinión favorable** de OSITRAN, *contrario sensu*, de existir una opinión en contra, el Concedente no podrá ni siquiera evaluar dicha posibilidad.

En tal sentido, el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba (y, se entiende, hace suyo) el Informe 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN mediante el cual OSITRAN emite opinión respecto de la transferencia de acciones de G&M a JJC Constructores y la incorporación de JJC como constructor, sobre la base de los incisos v) y vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, es un acto administrativo, esto en correspondencia con lo prescrito por el artículo 1º de la Ley N° 27444.

15. El Capítulo II del Título III de la LPAG contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados contra los distintos actos administrativos que dicten las entidades de la Administración Pública (como es el caso Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprobó el Informe 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN).
16. El artículo 207° de la LPAG, señala que los recursos administrativos son los siguientes:
- a) Recurso de reconsideración
 - b) Recurso de apelación
 - c) Recurso de revisión.
17. La referida norma establece además, que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios.
18. A su vez, el artículo 208° de la LPAG señala que el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación, y que deberá sustentarse en nueva prueba. Dicha norma precisa además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba
19. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos, es necesario analizar los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, según las normas antes mencionadas. Dichos requisitos son los siguientes:
- a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - b) Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - d) Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
20. En ese sentido, a continuación se ha procedido a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el recurso de reconsideración interpuesto contra el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN por la Empresa Concesionaria:

a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.

21. Los recursos de reconsideración presentados por las partes han sido interpuestos ante el Consejo Directivo de OSITRAN, en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, que aprueba el Informe 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN, mediante el cual OSITRAN emite opinión respecto de la transferencia de acciones de G&M a JJC Constructores y la incorporación de JJC como constructor.

22. En ese sentido, dado que el primer acto que es materia de impugnación es el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, y que el escrito se ha presentado ante el propio Consejo Directivo, se entiende cumplido el requisito.

b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.

23. El acuerdo impugnado ha sido emitido por el Consejo Directivo de OSITRAN que, conforme lo establecido en el artículo 6°, concordado con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 27332, es la máxima autoridad de OSITRAN, y que, adicionalmente, de acuerdo al artículo 37, inciso b) del REGO, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM, constituye el órgano que ejerce de manera exclusiva la función de emitir opiniones ante el CONCEDENTE, en aquellos casos previstos en los respectivos contratos de concesión, esto como parte de la función supervisora.

24. En tal sentido, contra el referido Acuerdo emitido por el Consejo Directivo de OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración a que se alude en el artículo 208° de la LPAG, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin de que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el presente requisito también se ha cumplido.

c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días previsto para ello, contados a partir de la notificación del acto.

25. El Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, fue notificado a la Empresa Concesionaria con fecha 22 de enero de 2008.

26. De acuerdo a lo que establece el numeral 133.1 de la LPAG, el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.

27. Por lo tanto, la Empresa Concesionaria, tenía como plazo máximo el día 12 de febrero de 2008 para interponer oportunamente su recurso de reconsideración.
28. En el presente caso, la Empresa Concesionaria presentó su recurso de reconsideración, con fecha 08 de febrero de 2008, es decir, dentro del plazo previsto; en consecuencia, se ha cumplido con el requisito contemplado en el artículo 207° de la LPAG.
- d) Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.**
29. El acto administrativo aprobado mediante Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN tiene la finalidad de aprobar la Opinión Técnica emitida a través del Informe N° 004-A-08-GS-GAL, que se pronunció sobre las transferencias de acciones de la Empresa Concesionaria y el cambio de constructor o en la participación accionaria del mismo
30. En tal sentido, la Empresa Concesionaria tienen legítimo interés en el asunto y por tanto el derecho de interponer recurso de reconsideración en contra del referido Acuerdo.
31. En conclusión, se debe considerar que el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Concesionaria ha cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la LPAG.

B Análisis de los argumentos y cuestionamientos en el Recurso de Reconsideración.

32. El Informe N° 004-A-08-GS-OSITRAN (en adelante, el Informe), aprobado mediante el Acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN (en lo sucesivo, el Acuerdo) se opinó lo siguiente:

““ (...)

33. *Respecto de la transferencia de una cantidad de acciones de propiedad de Graña & Montero S.A.A. equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del capital social suscrito de la Sociedad Concesionaria, a favor de la empresa JJC Contratistas Generales S.A. consideramos que se debe restringir por un plazo de dos años, a partir de la fecha de inicio de la explotación, conforme se establece en el inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.*

34. Respecto a la incorporación de JJC Contratistas Generales S.A. como constructor de las obras a ejecutarse en el tramo concesionado, quienes conjuntamente con GyM S.A.A, realizarán las labores de construcción a través de un Consorcio que ambas constituirán para tal fin, consideramos que se debe restringir tal incorporación teniendo en cuenta el principio de competencia mencionado en el presente informe.

(...)"

33. En el Recurso de Reconsideración, la Empresa Concesionaria solicita que se declare fundado el mismo y en consecuencia:
- a) Se revoque la Opinión Técnica contenida en el informe y el Pronunciamiento del Consejo Directivo que recayó sobre el mismo, de fecha 14 de enero; y,
 - b) Se apruebe en todos sus extremos la solicitud presentada el 10 de octubre de 2007.
34. Con la finalidad de sustentar su solicitud de declaración de nulidad de la opinión Técnica, aprobada mediante el Acuerdo, la Empresa Concesionaria argumenta lo siguiente:
- i) OSITRAN ha resuelto opinar desfavorablemente sobre la base de una presunción de mala fe (vulnera el principio de buena fe).
 - ii) La incorporación de JJC no atenta contra la libre competencia.
 - iii) No había en las bases restricciones para la incorporación de JJC en otro postor incluso luego de la etapa de precalificación.
 - iv) Existe aplicación indebida de las reglas de interpretación del Contrato de Concesión.
 - v) Vulneración del principio de aplicación analógica de la Ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).
 - vi) El Informe de OSITRAN carece de un requisito de validez del acto administrativo.
 - vii) Se vulnera el principio de legalidad y principio de seguridad jurídica, reconocidos en el ámbito del derecho administrativo.
 - viii) Se vulnera el Principio de Transparencia reconocido en el REGO.

i) **OSITRAN ha resuelto opinar desfavorablemente sobre la base de una presunción de mala fe (vulnera el principio de buena fe).**-

35. La Empresa Concesionaria señala que:

“(...) los argumentos que han empleado en el informe para opinar desfavorablemente (...) vulneran una serie de principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (...) violando de esta forma el derecho constitucional a la libre contratación, reconocido en el artículo 62 de nuestra Constitución Política.

(...) OSITRAN ha resuelto opinar desfavorablemente sobre la base de una injustificada presunción de mala fe que encontraría su sustento en la no presentación de propuesta alguna de parte de JJC en el Concurso. Esto, reiteramos, es inaceptable y atenta contra un principio fundamental como puede ser la presunción de la buena fe. En tal sentido, OSITRAN estaba en la obligación de probar la existencia de mala fe por parte de JJC y G&M. hecho que no fue ni siquiera sujeto al más mínimo análisis.

36. El inciso 14 artículo 2º de nuestra Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

(...)”

(Se ha añadido subrayado)

37. Como se desprende de la lectura de los artículos reseñados, nuestra Constitución reconoce como fundamental el derecho a la libre contratación o libertad de conclusión¹, que es la facultad de las personas (naturales o jurídicas) de decidir cómo, cuándo y con quién contratar y, mediante la cual se crea, regula modifica y extingue una relación jurídica de carácter patrimonial. No obstante lo acotado, el ejercicio de la libertad de contratar no es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado,

¹ Resolución del TC en el Expediente N° 2185-2002-AA

ya que, como bien señalan las normas constitucionales, no puede estar por encima o contradecir el orden público ni las leyes basadas en él.

38. Debemos recordar que el orden público se establece como resguardo y límite de la libertad y, consiste en que nadie puede hacer nada que sea perjudicial a los demás, ni que vaya contra el interés general.
39. Por las consideraciones antes anotadas, la opinión de OSITRAN no puede ser considerada una vulneración a los derechos de contratación de la empresa Concesionaria, por el solo hecho de ser contraria a su posición, más aún cuando la emisión de opinión, que bien puede ser favorable o desfavorable, se encuentra prevista en el Contrato de Concesión.
40. Cabe mencionar que el impedimento para la transferencia de acciones establecido en el Contrato de Concesión puede evitarse en una situación de excepción, la cual ocurre cuando ésta sea autorizada por el CONCEDENTE con opinión favorable de OSITRAN. Bajo esta premisa, el requerimiento de la autorización tanto del REGULADOR como del CONCEDENTE pone de manifiesto el carácter de excepción que tiene esta transferencia de acciones. En ese sentido, al ser una situación de excepción, el otorgamiento de la autorización requiere de una justificación válida para su otorgamiento.
41. Por lo tanto, autorizar la transferencia de acciones sin una justificación válida, en la práctica anularía el efecto de la cláusula que “impide” esta operación (con lo cual se perdería el efecto de la misma en el proceso de subasta) por los siguientes motivos:
 - No se estaría cumpliendo con el objetivo ulterior del proceso de la subasta de la concesión.
 - Se estaría aplicando sin que el solicitante haya demostrado la citada “situación excepcional”.
 - No se evitaría que un postor desista de concursar, para luego ser parte del concesionario, con lo cual habría menos competencia por el mercado y los resultados de la subasta no serían los deseados.
42. En virtud del interés general que subyace en un Contrato de Concesión, es que los organismos de la Administración Pública, como OSITRAN, tienen la responsabilidad de proteger el interés general vinculado a la actuación del Concesionario y el Concedente. En tal sentido, la violación de la libertad contractual alegada por la Concesionaria no es tal, puesto que el pronunciamiento hecho por OSITRAN, denegando su solicitud de transferencia de acciones, es una opinión emitida por OSITRAN sobre la base de la facultad reconocida en el Contrato de Concesión, como parte

de su función supervisora, y sobre la base del interés general que OSITRAN, como entidad administrativa, debe proteger.

43. La opinión emitida por OSITRAN no responde únicamente a un análisis legal, sino a una opinión integral que involucra pronunciarse sobre todos los aspectos regulatorios de su competencia. Más allá de los efectos que pueda tener sobre la transferencia de acciones de las empresas involucradas en el presente procedimiento, el presente pronunciamiento tiene como finalidad que los procesos de subasta se realicen en el marco de una competencia efectiva entre los posibles interesados, a través del fomento de la transparencia en los procesos de subasta buscando con ello la participación de una mayor cantidad de postores en futuros procesos de subasta², pues el Estado requiere de mejores ofertas. De esta manera, el pronunciamiento no busca intervenir en el proceso de subasta en si mismo, sino garantizar que los procesos de subasta se realicen bajo condiciones de competencia, a través del cumplimiento del inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.
44. Respecto de la supuesta presunción de mala fe, y vulneración del principio de mala fe, debemos destacar que la decisión de denegar la solicitud de la Concesionaria no tiene como fin evaluar la existencia de elementos subjetivos de mala fe o buena fe de los accionistas y empresas involucradas en la transferencia, sino que busca evaluar la conveniencia, desde el punto de vista regulatorio, de autorizar la transferencia de acciones de la Concesionaria, sujeta a una clara restricción Contractual.
45. De acuerdo a lo señalado, resulta claro que la evaluación de la intención de las partes participantes en la transferencia no ha sido un elemento determinante del sentido de la opinión aprobada por OSITRAN, pues el mismo no tiene por finalidad sancionar a la empresa transferente por infracción al Decreto Legislativo 701. La finalidad perseguida por OSITRAN es de carácter regulatorio, estableciendo con la restricción una regla para la transferencia de acciones fundamentada en la defensa del principio de competencia, la misma que en el caso de la infraestructura de transportes monopólica, se realiza a través del proceso licitatorio a través de la competencia ex ante por el mercado.
46. Tal como se señala en el numeral 18 del Informe cuestionado, la decisión de OSITRAN, tiene como *“finalidad la de reducir los posibles incentivos para que en los futuros concursos por concesiones cofinanciadas, las*

² El literal a), del Artículo 18° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y N° 046-2006-PCM, señala que es objetivo específico de OSITRAN promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios vinculados a la explotación de infraestructura.

empresas participantes no presenten ofertas en ellos, ante la posibilidad de que, posteriormente se puedan incorporar como accionistas de la empresa adjudicataria, situación que reduciría la competencia, afectando los montos de cofinanciamiento a ser pagados por el Estado Peruano”.

47. En conclusión, respecto de este punto, no se puede alegar la violación del principio de Buena fe, tal como argumenta la Concesionaria, porque nunca se analizó la conducta de los accionistas, ni de las empresas involucradas, si no que se emitió una opinión sobre la base de la primacía del principio de competencia, en la asignación competitiva de la infraestructura de transportes a través del proceso de licitación competitiva, en tal sentido no era necesario probar mala fe alguna de parte de la Concesionaria, pues la decisión de OSITRAN no se basó en la existencia de ésta.
48. Por lo tanto consideramos recomendable mantener la restricción a la transferencia de acciones, la misma que se mantendrá hasta el segundo año de la fecha de inicio de explotación, la misma que se computará a partir de la fecha de la aprobación de la totalidad de las obras de construcción, es decir está comprendido el período de construcción.

ii) **La incorporación de JJC no atenta contra la libre competencia.-**

49. Con relación a este punto, la empresa Concesionaria señala lo siguiente:

“3.2.3 (...) De una lectura detallada de dicho artículo [artículo sexto del Decreto Legislativo N° 701], es imposible afirmar que el supuesto señalado por OSITRAN como vulnerador del ‘Principio de Competencia’, como es el permitir la incorporación de JJC a la sociedad concesionaria, sea una práctica restrictiva de la Libre Competencia. No entendemos cómo el Informe pretende utilizar de manera tan ligera un principio protegido constitucionalmente y cuya regulación ha sido ampliamente desarrollada con la finalidad de proteger de manera efectiva la libre competencia en el mercado, en los supuestos legales taxativamente previstos.”

(...) OSITRAN aduce que decide desfavorablemente a nuestra solicitud so pretexto de preservar el principio de libre competencia; sin embargo, obvia sin reparos el necesario respeto a las normas legales vigentes, al Contrato de Concesión y a las bases de la licitación.”

50. Al respecto debe señalarse que la opinión emitida por OSITRAN no tiene por objeto establecer que el Concesionario ha cometido una infracción al Decreto Legislativo 701, pues, no corresponde a OSITRAN calificar, ni

sancionar dicha conducta, sino a INDECOPI. La opinión de OSITRAN solamente evalúa la conveniencia de autorizar la transferencia de acciones y el cambio de constructor solicitado por el Concesionario, restringida por el Contrato de Concesión, a la luz del principio de competencia.

51. Sobre el particular debe señalarse la diferencia existente entre el principio de competencia y una infracción a la libre competencia (Decreto Legislativo 701). Es claro que el principio de competencia es un principio fundamental ordenador de toda economía de mercado. Una de las manifestaciones de este principio, es el Decreto Legislativo 701. Sin embargo, éstas no se limitan a esta norma, también son manifestaciones del principio, la creación de los organismos reguladoras, y en este caso, la limitación en la transferencia de las acciones.
52. No obstante lo acotado, y como se ha sostenido en el informe aprobado por el Acuerdo impugnado, la decisión de OSITRAN se fundamentó en la defensa del principio de competencia (protegido tanto por la Constitución, como por diversas Leyes). En este caso, la intención de OSITRAN es evitar que se generen incentivos para que en los concursos por concesiones cofinanciadas, los participantes no presenten ofertas, ante la posibilidad de que, posteriormente puedan participar como accionistas de la empresa adjudicataria, situación que reduciría la competencia por el mercado en la asignación de la infraestructura pública de carácter monopólico. En este sentido, el pronunciamiento de OSITRAN pretende establecer una señal clara a los participantes del mercado de concesiones de infraestructura de transportes, de tal manera que éstas concesiones sean asignadas en un marco de competencia efectiva por el mercado.
53. Como bien se sabe, a través de los servicios públicos o de infraestructura (como la de transporte de uso público) se satisfacen necesidades de interés general. Al respecto, es importante tener en cuenta que los servicios e infraestructuras antes mencionados, tienen generalmente características de monopolio natural, donde la competencia no es posible, por lo que son brindados o administrados por una sola empresa. En estos casos, donde no es posible desarrollar competencia en el mercado, se puede desarrollar la competencia por el mercado.
54. De acuerdo a lo planteado por Demsetz³, *ex-post* la solución más eficiente para proveer un servicio que es monopolio natural es un solo operador, pero *ex-ante* lo ideal es que existan varios competidores para adjudicarse el monopolio; por ello, dicho autor propone subastar el derecho al monopolio como forma de eliminar las rentas monopólicas, sustituyendo

³ Demsetz (1968). "Why Regulate Utilities", Journal of Law and Economics 11.

así la competencia en el mercado por la competencia por el mercado. La pugna competitiva por la obtención de la concesión en el marco de una subasta produce una solución en la que se llega a niveles de precios similares a los de competencia.

55. Si se cumplen las condiciones de competencia *ex-ante* y el contrato de concesión permite eliminar el poder monopólico *ex-post*, la licitación transferirá a los consumidores el beneficio del poder del monopolio cuando se adjudica la concesión a la propuesta de menor tarifa. Es por ello que, un proceso de subasta busca que los postores interesados presenten su mejor propuesta, pues en caso de no hacerlo correrían el riesgo de no adjudicarse la concesión.
56. Se debe resaltar la importancia que tiene el diseño de la concesión durante el proceso de licitación, pues debe considerar elementos que fomenten la transparencia y promuevan el proceso competitivo. Este es precisamente el objetivo del inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, que establece que para que los accionistas de la Empresa Concesionaria o la misma Concesionaria puedan realizar la transferencia de acciones, previamente tiene que existir pronunciamiento favorable del OSITRAN, disposición que también se encuentra en los estatutos de la empresa Concesionaria, tal como se señala en el numeral 8 del Informe N° 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN.
57. Tal como se señala en los numerales que anteceden, OSITRAN busca establecer, en el marco de sus funciones, la plena vigencia el principio de competencia efectiva en la asignación de infraestructura a fin de preservar la eficiencia en estos mercados, sin perseguir aplicar una sanción ni establecer la existencia de una infracción a la libre competencia, por no ser esta su competencia.
58. Al respecto, se señaló el numeral 5 de las Bases del Proceso Licitatorio, modificado por el la Circular N° 5⁴, que establece una prohibición para las empresas que presentan propuestas. En el informe se analizó el sentido de la prohibición, llegándose a explicar que dentro del proceso de licitación, Proinversión consideró la importancia de la competencia en dicho proceso.
59. En tal sentido, la facultad otorgada por el Contrato de Concesión a OSITRAN, para que emita opinión previamente a que la Concesionaria

⁴ “(...)

Una empresa, directa o indirectamente, individualmente o a través de un Consorcio, no puede participar en más de una Propuesta. Si no resulta ganador la empresa, o el Consorcio en el que participe, no podrá, posteriormente, incorporarse a la empresa que el Adjudicatario de la Buena pro constituya para la firma del Contrato. Esta prohibición cesa a los 3 años de la Fecha de Cierre y se aplica al Constructor y al Operador.

(...)”

realice transferencia de acciones o cambio de constructor, no puede dejar de analizar dichas solicitudes a la luz del principio de competencia, analizando si con la autorización de la transferencia se podría afectar de algún modo los procesos competitivos de asignación de concesiones de infraestructura de transportes.

60. Por otro lado debemos señalar que, tampoco se vulnera el principio de seguridad jurídica, puesto que la facultad de opinión previa mencionada en el párrafo precedente estaba prevista en el Contrato de Concesión, siendo una posibilidad la denegatoria del pedido de transferencia o cambio de constructor, siempre que existan razones que la justifiquen, como es en el presente caso, que se busca proteger la asignación competitiva de la infraestructura de transportes. En tal sentido, es claro que dentro de las reglas aplicables a los concesionarios de infraestructura de transportes es perfectamente previsible que OSITRAN considere inconveniente autorizar una transferencia de acciones, en la medida que esto estaba señalado en su Contrato de Concesión, suscrito por el Concesionario.
61. Respecto, del incremento de la percepción del riesgo regulatorio, debemos mencionar que dicho riesgo puede definirse como aquellas actuaciones no previsibles del regulador que afectan la sostenibilidad de la Concesión. En el presente caso la decisión de OSITRAN no afecta la sostenibilidad mencionada, pues es una decisión que era previsible, desde que la facultad de opinión ejercida por el regulador se encuentra prescrita en el Contrato de Concesión, considerando además, que la opinión se encuentra debidamente fundamentada.

iii) No había en las bases restricciones para la incorporación de JJC en otro postor incluso luego de la etapa de precalificación.-

62. Sobre este punto la empresa Concesionaria señala lo siguiente:

*“3.3.1 (...) así como no existe en el Contrato de Concesión restricción alguna para que JJC, quien sólo fuera postor precalificado, pueda incorporarse al Concesionario, **TAMPOCO EXISTÍA EN LAS BASES UNA RESTRICCIÓN QUE IMPIDA A JJC HABERSE INCORPORADO COMO MIEMBRO DE UN CONSORCIO JUNTO CON G&M (sic)** y haber presentado una oferta conjunta (...), teniendo al final el mismo efecto práctico que persigue la solicitud de autorización presentada, pero que, sin embargo, en ese momento no hubiera sido objeto de ningún tipo de autorización ni restricción. Ello nos lleva al absurdo, siguiendo el razonamiento del Informe, que la incorporación de JJC al adjudicatario antes de la presentación de la oferta no afectaría la*

libre competencia, pero su incorporación con posteridad a la adjudicación de la buena pro si afectaría la libre competencia, razonamiento a todas luces incongruente y carente de sustento.”

63. Sobre el particular, debe señalarse que la materia de análisis en el Informe de OSITRAN materia de impugnación, es la transferencia de las acciones del Concesionario y el cambio de constructor, las mismas que ha sido restringidas en el Contrato de Concesión.
64. En ese sentido, el análisis busca establecer los criterios que deben aplicarse para autorizar o no una transferencia de acciones que es sujeto de restricciones en el propio Contrato de Concesión.
65. En este caso, tal como se ha señalado anteriormente, el principal elemento considerado por OSITRAN a efectos de aplicar la restricción Contractual a la transferencia de acciones, ha sido la defensa del principio de competencia en la asignación de la infraestructura de transportes, la aplicación de dicho principio se ha realizado atendiendo a la inexistencia de condiciones de competencia efectiva durante la fase del proceso de licitación, en el que sólo se contó con una oferta válida (numeral 17 del Informe cuestionado).
66. Sobre el particular consideramos que en el caso de la transferencia de acciones, el Contrato no limita a OSITRAN a considerar un grupo de criterios cerrados para aplicar la restricción, sino que otorga un margen discrecional de evaluación de la restricción contractual. Sostener lo contrario sería aceptar que la transferencia de las acciones del Concesionario es libre, posición contraria al propio texto del Contrato que ha establecido restricciones a la transferencia de acciones.

iv) Existe aplicación indebida de las reglas de interpretación del Contrato de Concesión.-

67. En sus fundamentos de derecho la Concesionaria establece que:
 - La opinión de OSITRAN se basa en una disposición restrictiva de las Bases (numeral 5), la cual se aplica para supuestos distintos de los que son materia de su solicitud y, que dicho numeral fue modificado expresamente por el numeral 3.3, literal d) acápite vi) del Contrato de Concesión.
 - El numeral 5 de las Bases no contiene ningún criterio que haya podido llevar a OSITRAN a opinar favorable o desfavorablemente respecto de la solicitud.
 - Con la aplicación del numeral 5 de las Bases se está vulnerando las reglas de interpretación del Contrato de Concesión,

recogidas en el numeral 18.3 del mismo, según el cual, en caso de discrepancia en la interpretación, deberá primar lo dispuesto por el Contrato por sobre los demás documentos del Concurso, entre ellos las Bases.

- En consecuencia, nunca debió aplicarse lo dispuesto por las Bases (numeral 5), sino el numeral 3.3, literal d) acápite vi) del Contrato de Concesión.
- Respecto de la incorporación del Constructor, la negativa sólo es procedente cuando se verifique que el nuevo Constructor no cumple con las condiciones técnicas-operativas mínimas previstas en las Bases (numeral 14.7 del Contrato de Concesión). En el presente caso, JJC cumplió y cumple con dichos requerimientos pues fue postor precalificado.
- En consecuencia OSITRAN no puede aplicar el “supuesto” criterio previsto por las Bases cuando el mismo se encontraba en flagrante contradicción con lo previsto en el Contrato de Concesión.

68. Respecto de los argumentos de la Concesionaria, debemos señalar que no ha existido aplicación indebida de las reglas de interpretación, porque en el presente caso OSITRAN no ha interpretado, sino que ha ejercido su facultad de opinión descrita en el acápite iv) literal d) del numeral 3.3 del Contrato de Concesión.
69. No es cierto que la opinión de OSITRAN se base en una disposición restrictiva del numeral 5 de las Bases, puesto que el numeral 5 se utilizó para ejemplificar la importancia del principio de competencia, en la etapa licitación de la Concesión, en consecuencia, OSITRAN al emitir su opinión, consideró importante tomar en cuenta el principio de competencia al momento de evaluar la transferencia de acciones.
70. De acuerdo a lo señalado, la mención del numeral 5 no tuvo por fin interpretar el Contrato, pues para el caso de la transferencia de acciones, no existe ninguna contradicción entre lo establecido en las Bases y lo establecido en el Contrato de Concesión. En realidad se recurre a las Bases para explicar el Principio utilizado por OSITRAN para fundamentar su opinión negativa, ante la ausencia de criterios contractuales claros para determinar la restricción de la transferencia de las acciones establecida en el Contrato.
71. En base a lo dicho, debe señalarse que la mención a la prelación de los documentos señalados en el artículo 18 del Contrato y de la circular N° 5, no son utilizados para interpretar el Contrato, en la medida que no existe divergencia entre el Contrato y las Bases, sino para sustentar la emisión de una opinión sobre la conveniencia de la transferencia de las acciones.

Debe señalarse que la función realizada por OSITRAN al emitir el informe fue la de emitir opinión, en esta función no está restringido por las normas de interpretación, sino que debe actuar sobre la base de las reglas establecidas en el Contrato y en caso de existir una restricción no desarrollada detalladamente, debe actuar discrecionalmente, evaluando la conveniencia de la transferencia pero dentro de su marco legal, excluyendo cualquier arbitrariedad en la emisión de su opinión.

72. Aquí es importante señalar que el proceso de precalificación de la licitación no puede entenderse aislado de la ejecución misma del Contrato de Concesión, de allí que tengamos en cuenta lo que señalan los propios Lineamientos Generales del Programa Costa Sierra que forman parte de las Bases del Concurso (modificadas por las circulares correspondientes) los cuales definen como Postor, de la siguiente manera:

“(…)

1.2.54. Postor: *Es una persona natural, jurídica o un Consorcio que se presenta a este Concurso, ha adquirido el derecho a participar, cumple con los requisitos establecidos en los Lineamientos contenidos en las Bases y se somete a lo estipulado en las mismas..*

(…)”

73. Tal como se puede apreciar, el Postor es una persona que ha adquirido el derecho a participar, y justamente el objetivo del inciso vi) del literal d) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, se refiere a aquellas personas jurídicas que mostraron interés y fueron también pre-calificadas, y la restricción tal como se puede apreciar mas adelante va dirigidas a todas aquellas personas jurídicas.
74. La restricción para la transferencia de acciones antes mencionada tiene como propósito promover que la subasta se realice dentro de un marco de competencia efectiva, ya que evita que un postor desista de concursar, para luego ser parte del concesionario. En ese sentido, la transferencia de acciones permitiría a un postor poder formar parte del concesionario adjudicatario de la obra aún no habiendo ganado el concurso, disminuyendo así el riesgo derivado de no adjudicarse la subasta y por lo tanto, los incentivos que tienen los potenciales postores para presentar su mejor oferta, perjudicando de esta manera el proceso competitivo para la adjudicación de la concesión que se esperaría observar en el marco de una subasta.
75. En base a lo dicho, es errada la apreciación de la Concesionaria, cuando afirma que nunca debió aplicarse lo dispuesto por las Bases (numeral 5),

sino el numeral 3.3, literal d) acápite vi) del Contrato de Concesión, puesto que la opinión emitida por OSITRAN se hizo sobre la base de su facultad reconocida en el numeral mencionado del Contrato de Concesión, y no en aplicación de las Bases del Contrato.

76. En cuanto a la supuesta modificación expresa del numeral 5 de las Bases por el artículo 3.3 del Literal d), Inciso Vi) del Contrato de Concesión, debe señalarse que no existe en el Contrato ni en las Bases ningún documento que deje sin efecto la aplicación del numeral señalado de las Bases, no existiendo contradicción entre la necesidad de contar con una opinión del Regulador para la transferencia de acciones del Concesionario establecida en el artículo 3.3 del Contrato, y la existencia de un numeral que indique la importancia de la competencia efectiva durante el proceso de licitación de la infraestructura de transportes, por lo que tampoco podría incluso haber una modificación tácita. Como es evidente, el artículo 3.3 no limita los criterios que OSITRAN puede utilizar para emitir la opinión requerida por el Contrato de Concesión.
77. Queda claro pues, que el sustento contractual de la opinión emitida por OSITRAN es el numeral 3.3 del Contrato, el mismo que contiene una restricción a la transferencia de las acciones del Concesionario.

Incorporación de JJC como constructor

78. Con relación a la incorporación de JJC como constructor, la Concesionaria señala que existe un "*criterio objetivo*" que OSITRAN está obligado a aplicar para emitir su opinión previa. De acuerdo con el escrito de impugnación, OSITRAN estaba obligado a aplicar el numeral 14.7 del Contrato de Concesión, que establece la oposición al cambio de constructor sólo es procedente cuando se verifique que el nuevo Constructor no cumple con las condiciones técnicas-operativas mínimas previstas en las Bases, y que en el presente caso, JJC cumplió y cumple con dichos requerimientos pues fue postor precalificado.
79. A diferencia de la situación referida a la transferencia de las acciones del Concesionario, en el que se tomó como criterio interpretativo lo establecido en el numeral 5 de las Bases, el cual por cierto, no fue modificado por la Cláusula 3.3.1. del Contrato de Concesión ni por ninguna otra cláusula, en el presente caso consideramos que no podría hacerse extensivo a la situación planteada pues la Cláusula 14.7 del Contrato, en este caso, sí modificó la Circular 5 de las Bases, al no hacer alusión alguna que su aplicación también comprendía al constructor. Al respecto, la cláusula 14.7 expresamente prescribe lo siguiente:

“Contratos de Construcción

14.7 (...)

Para cualquier modificación en los contratos de construcción suscritos por el CONCESIONARIO, o respecto de los accionistas del constructor, que hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos de precalificación durante la etapa del Concurso, a través de un Consorcio, o en caso de celebrarse nuevos contratos de construcción, será de observancia obligatoria lo señalado en el Acápito V) del Literal d) de la Cláusula 3.3, bajo sanción de Caducidad de la Concesión.

El CONCEDEnte sólo podrá oponerse al cambio de Constructor antes referido, en caso se verifique que el constructor propuesto, no cumpla con las condiciones técnicas – operativas mínimas previstas en las Bases. El CONCEDEnte deberá emitir su opinión en el plazo de treinta (30) Días de presentada la solicitud del CONCESIONARIO. Si el CONCEDEnte no se pronunciase en el plazo establecido, se entenderá que la propuesta ha sido denegada. La solicitud de cambio de constructor no implicará en ningún caso la extensión del plazo de ejecución de Obras, siendo los gastos generales que se generen durante dicho periodo asumidos por el CONCESIONARIO.

[El subrayado es nuestro]

80. Como queda señalado, el Concedente asumió expresamente el compromiso de respetar y autorizar el cambio de constructor siempre y cuando cumpla con las condiciones mínimas previstas en las Bases. En tal sentido, queda claro que el Contrato de Concesión sí establece claramente un criterio objetivo para evaluar dicho cambio. En razón de lo cual resulta adecuado que, existiendo en el Contrato un criterio claro para restringir el cambio de Constructor, OSITRAN deba utilizar dicho criterio para evaluar la conveniencia del cambio de Constructor. En tal medida, se debe observar lo establecido en el artículo 1361° del Código Civil, el mismo que establece:

“Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

81. De acuerdo a lo señalado, consideramos recomendable que el Consejo Directivo modifique su opinión con relación al cambio de Constructor solicitado, en la medida que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 24

del Informe, la empresa JJC Contratistas Generales “...cumple con las condiciones requeridas para desempeñarse como constructor”.

82. Con relación la modificación recomendada en el párrafo anterior, es importante señalar que a diferencia de la transferencia de las acciones del Concesionario, en el caso del caso del Cambio de Constructor, el Contrato establece claramente que la razón de la restricción establecida es preservar las condiciones técnicas del constructor, razón por la cual no existen razones válidas para que OSITRAN opine en contra de autorizar la transferencia.

v) **Vulneración del principio de aplicación analógica de la Ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).**-

83. La Concesionaria señala que:

“Aún en el supuesto negado que el Contrato de Concesión no tuviese una regla como la del Numeral 3.3, Literal d), inciso vi) (sobre transferencia de acciones) y/o la del Numeral 14.7, último párrafo (sobre el cambio de constructor), y sólo existiese el Numeral 5 de las Bases, OSITRAN tampoco debió basar su decisión en este numeral de las Bases, pues la restricción en él contenida fue diseñada para un supuesto absolutamente distinto del que es materia de nuestra solicitud.”

84. Adicionalmente la Concesionaria señala lo siguiente:

- JJC no presentó propuestas en el Concurso, con lo cual no se encuentra dentro del supuesto de hecho que regula el numeral 5 de las Bases, cuya prohibición es sólo aplicable a las empresas que presentaron propuesta técnica y económica en el concurso de licitación.
- Una norma que restringe derechos, como la del numeral 5 de las Bases, no puede establecer un principio de aplicación general (en el presente caso, el principio de libre competencia), en consecuencia, se aplica indebidamente dicho numeral.
- Se vulnera el “Principio de Aplicación Analógica de la Ley” consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.
- OSITRAN ha reconocido clara e inequívocamente que su opinión desfavorable sobre la transferencia de acciones y la incorporación de un nuevo constructor se ha basado en un

límite que no existe en ninguno de los documentos del Concurso, y que OSITRAN es plenamente conciente que la restricción contenida en el numeral 5 de las Bases sólo es aplicable para las empresas que presentaron propuestas técnica y económica.

85. Como hemos mencionado anteriormente (ver ítem 62), OSITRAN aplicó la Cláusula 3.3, literal d) acápite vi) del Contrato de Concesión. Para aplicar dicho artículo, que creaba una restricción a la transferencia de acciones del Concesionario, OSITRAN tuvo que, a falta de criterios claros en el Contrato, aplicar aquellos criterios que consideró pertinentes para darle sentido a la restricción. A partir de ahí, la mención del numeral N° 5 de las Bases tiene por finalidad demostrar la importancia que tiene la competencia efectiva en la asignación de la infraestructura de transportes durante la etapa licitatoria, tal como se señala en el numeral 15 del Informe de OSITRAN, pues es natural que el Estado requiera de mejores ofertas. En tal sentido debe quedar claro que no estamos ante una aplicación analógica del numeral 5 de las Bases, ya que lo que OSITRAN aplica en su opinión es el artículo 3.3 del Contrato las Contrato, en el que claramente se establece una restricción a la transferencia de acciones.
86. OSITRAN únicamente identificó el numeral 5 de las Bases para demostrar que el proceso de licitación (y también el Contrato de Concesión) buscan que proteger el Principio Competencia, principio que se encuentra protegido por la Constitución en su artículo 21° y por otras leyes, y que es uno de los pilares sobre los que se sustenta una economía social de mercado. Por lo tanto en este caso se aplica un principio de carácter general no en Base a una aplicación analógica sino como sustento directo de una opinión que debe ser emitida por OSITRAN de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión.
87. En el caso de la infraestructura de transportes, la ausencia de competencia efectiva puede originar que el Estado termine pagando más por la Concesión de una infraestructura de transportes, de aquello que hubiese pagado de haber existido competencia efectiva en la etapa licitatoria, en este sentido la opinión de OSITRAN tiene por finalidad cautelar el interés público, basado en una disposición contractual.
88. En tal sentido, es distinto señalar que el Contrato no ha establecido taxativamente los supuestos en los que opera la restricción Contractual, tal como lo ha hecho OSITRAN, que sostener como lo hace la Concesionaria, a partir de este hecho, que la transferencia de acciones es libre, lo que resulta claramente contrario al propio texto del Contrato. Es evidente que OSITRAN está obligado a proteger el interés general al momento de opinar, dándole contenido a una disposición contractual. En

este sentido, ignorar la plena vigencia del principio de competencia en la etapa licitatoria de la concesión de la infraestructura de transportes significaría renunciar a su función de protección del interés general y la eficiencia en la infraestructura de transportes, lo que a todas luces resulta inaceptable.

89. Sobre la base de la protección a tal principio fue que OSITRAN opinó desfavorablemente respecto de la transferencia de acciones.

vi) **El Informe de OSITRAN carece de un requisito de validez del acto administrativo.-**

90. Según lo argumentado por la Empresa Concesionaria, el Informe aprobado por el Acuerdo impugnado no está debidamente motivado, no cumpliendo con uno de los requisitos de validez tipificado en el inciso 4 Artículo 3º de la LPAG⁵. En esa línea de argumentación agregan que, si bien el mencionado informe se encuentra motivado, ésta motivación no es satisfactoria ni acorde con las exigencias de la LPAG, toda vez que el contenido de la misma es contradictorio, insuficiente y hasta ilegal.

91. Sustentando su posición la impugnante en el ítem 3.6 de su escrito señala lo siguiente:

“(...) la motivación del informe se fundamenta en la aplicación de preceptos que no guardan concordancia con las conclusiones, ni con las recomendaciones que emite OSITRAN y, lo que es peor, hace referencia s textos legales sin especificar qué artículos de los mismos son los que podrían vulnerarse en caso de darse una opinión favorable a nuestra solicitud.

(...) para graficar lo señalado, basta con citar el Numeral 18 (sic) [el numeral citado es el 15] del Informe (...)

(...) OSITRAN está señalando implícitamente que se ha visto obligado a opinar desfavorablemente respecto de nuestra solicitud, pues, de lo contrario, podría ponerse en riesgo la preservación del principio de competencia reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y en el Decreto Legislativo N° 701. Sin embargo, OSITRAN en ninguna parte del Informe explica como así, de darse una opinión favorable a nuestra

⁵ **LPAG**

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.-

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)”

solicitud, podría vulnerarse o ponerse en riesgo dicho principio, ni que artículos del Decreto Legislativo N 701 u otras normas se estarían contraviniendo, en otras palabras este argumento no está debidamente motivado, por lo que carece de uno de los requisitos de validez del acto administrativo”

(Resaltado y subrayado desagregado)

92. Sobre este punto es necesario precisar que, tal como señala el Concesionario en su escrito de reconsideración, el informe se encuentra motivado, es decir OSITRAN ha explicado las razones de hecho y de derecho que fundamentan su decisión, la misma que está sustentada en la aplicación de una restricción establecida en el Contrato.
93. Al respecto debe señalarse que es evidente que el Concesionario, al no encontrarse de acuerdo con la opinión de OSITRAN sostiene la motivación contradictoria del informe. Tal como hemos señalado a lo largo del presente informe, el objeto del informe no tuvo por fin imponer una sanción por infracción a la libre competencia contenida en el Decreto Legislativo 701, pues esta es una acción que escapa a la competencia de OSITRAN. En ese sentido el Concesionario pretende que la opinión negativa sobre la transferencia de las acciones sólo puede sustentarse en una infracción el Decreto Legislativo 701.
94. Queda claro que la opinión de OSITRAN, requerida por el Contrato de Concesión está basada en la aplicación del numeral 3.3 del Contrato de Concesión y la aplicación del principio de competencia, que pieza fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, y de importancia sustancial en la asignación de la infraestructura de transportes. Esto queda claramente establecido en los numerales 15, 16, 17 y 31 del Informe de OSITRAN. Negar la vigencia del principio señalado, sería negar de uno de los pilares del sistema de economía de mercado.

vii) Se vulnera el principio de legalidad y principio de seguridad jurídica, reconocidos en el ámbito del derecho administrativo.-

95. Al respecto debe señalarse que OSITRAN, de acuerdo a lo establecido en la Ley 26917, es el organismo encargado de cautelar de forma imparcial los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios de la infraestructura, en ese sentido, la actuación de OSITRAN al emitir la presente opinión, requerida por el Contrato, se enmarca dentro de facultades establecidas en su marco legal y Contractual.
96. En cuanto al principio de competencia, es claro, como se ha sostenido a lo largo de la presente resolución, que en el ámbito de la infraestructura

de transportes, por su naturaleza monopólica, este principio exige la asignación de la misma se realice a través de un proceso competitivo, en donde resulta fundamental la competencia efectiva por el mercado. En este sentido el informe de OSITRAN se sustenta en establecer la plena vigencia de este principio de manera tal que se asegure la eficiencia en su asignación.

97. En cuanto a la supuesta vulneración de la seguridad jurídica por parte de OSITRAN alegada por el Concesionario, es necesario señalar que el Contrato de Concesión, suscrito libremente por el Concesionario, es el instrumento que contiene las principales reglas aplicables a la relación contractual durante el plazo de la Concesión. En este sentido, constituye un instrumento destinado a otorgar seguridad jurídica al Concesionario.
98. Al respecto debe señalarse que el Contrato de Concesión ha establecido en su numeral 3.3, que la transferencia de acciones está sujeta a la opinión favorable de OSITRAN. En este sentido, el Concesionario no puede sostener que la aplicación de una disposición contractual plenamente conocida por el Concesionario vulnere la seguridad jurídica.
99. Es evidente que para el caso del cambio de Constructor, al existir criterios claramente establecidos en el Contrato, el Informe de OSITRAN, de no modificarse, estaría contradiciendo una disposición contractual, por lo que la presente resolución recomienda su modificación en este aspecto de la solicitud del Concesionario.

viii) Se vulnera el principio de Transparencia reconocido en el Rego de OSITRAN

100. En relación a la supuesta violación del principio de transparencia reconocido en el REGO, debe señalarse que dicho principio tiene por finalidad hacer de público conocimiento las decisiones de OSITRAN.
101. De acuerdo a lo señalado, el acuerdo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN que aprueba la Opinión Técnica N° 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN respecto de la Transferencia de Acciones, se encuentra disponible en la página Web de OSITRAN, y el informe está al alcance de cualquier interesado que lo pueda solicitar, razón por la cual no se puede sostener una violación del principio de transparencia.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 030-08-GS-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y

modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 11 de junio de 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar Fundado en Parte el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Concesión Canchaque S.A. en contra del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1024-259-08-CD-OSITRAN, en el extremo referido a la incorporación de JJC Contratistas Generales S.A. como constructor de las obras a ejecutarse en el tramo concesionado.

Artículo 2°.- Confirmar la Opinión Técnica contenida en el Informe N° 004-A-08-GS-GAL-OSITRAN, respecto a que la transferencia de las acciones de Graña & Montero S.A.A. debe restringirse por un plazo de dos años.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 026-08-GS-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Concesión Canchaque S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 4°.- Autorizar 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