

INFORME N° 009-05-GS-GAL-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Interpretación sobre el monto máximo para el pago por
Transitabilidad en el Tramo 4 del Corredor Vial Interoceánico
Sur

Fecha : 25 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de junio de 2005 se otorgó la buena Pro del Concurso Público de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión al sector privado del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil. Dicho concurso público entregó en concesión tres tramos de la referida infraestructura vial, siendo el Tramo N° 4 el comprendido entre Azángaro e Inambari.
2. El 4 de agosto de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa concesionaria Intersur Concesiones S.A. respecto del Tramo N° 4.
3. Mediante Carta N° IC-040/05.BT del 12 de setiembre de 2005, la empresa concesionaria remite a OSITRAN el Plan de Transitabilidad en cumplimiento de lo establecido por el literal c) de la cláusula 8.21.
4. Mediante Oficio N° 339/2005/CPI-IOS/PROINVERSIÓN del 12 de setiembre de 2005, el Presidente del Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos remite al Vice Ministro de Transportes el Informe Técnico Sectorial analizando el problema de los montos de transitabilidad.
5. En dicho informe, al margen de reconocer errores cometidos en esta materia, se señala que el monto por concepto de transitabilidad de los tres tramos del Corredor Vial Interoceánico Sur (tramos 2, 3 y 4) bien provenga de las cantidades globales o las desagregadas por semestres no debería superar en conjunto US\$ 41 100 000 pues de esa manera no se perjudicarán los intereses del Estado. Asimismo agrega que *“si hubiera alguna interpretación diferente por parte de los Concesionarios, en el sentido de emplear unos la parte del monto global y otros la parte en la que los*

montos están desagregados, se deberían aplicar estos últimos pues son los que se acercan más al concepto de distribución de fondos de transitabilidad en función al kilometraje empleado por PROINVERSIÓN”.

6. Mediante Oficio N° 0629-05-GS-OSITRAN del 19 de setiembre de 2005, OSITRAN remite al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el Informe N° 256-05-GS-OSITRAN el cual contiene la opinión de OSITRAN respecto del Plan de Transitabilidad presentado por la empresa concesionaria. En dicho informe, entre otras cosas, se señala que los montos a pagar por el Concedente por concepto de transitabilidad son aquéllos que aparecen en la tabla desagregada que figura en el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión.
7. Mediante Carta N° IC-046/05.BT del 28 de setiembre de 2005, la empresa concesionaria remite a OSITRAN copia de la Carta N° IC-042/05.BT que enviara remitida al Ministerio de Transportes y Comunicaciones conteniendo su posición respecto del monto por concepto de transitabilidad. También señala que, en caso de duda sobre el sentido del literal c) de la cláusula 8.21 las partes deberán acudir a la propuesta del postor y a su aceptación por el Estado. Al respecto, la empresa concesionaria señala que existe una suma acordada por concepto de transitabilidad que asciende a US\$ 16 420 820 tal como se ha establecido en el Contrato de Concesión y en la Circular N° 39 que oportunamente fuera emitida por PROINVERSIÓN.
8. Mediante Carta N° IC-048/05.BT del 28 de setiembre de 2005, la empresa concesionaria manifiesta a OSITRAN su sorpresa por lo señalado en el Informe N° 256-05-GS-OSITRAN. En tal sentido, reafirma su posición respecto del monto antes mencionado en tanto ello se deriva del texto expreso del Contrato de Concesión y de la propuesta del postor aceptada por el Estado.
9. Mediante Carta N° IC-054/05.BT del 7 de octubre de 2005, la empresa concesionaria formula una serie de comentarios en torno al Informe Técnico Sectorial remitido por PROINVERSIÓN. Señala en esta comunicación que aspectos relacionados con los criterios o forma de determinación del monto de transitabilidad y los errores que dicha entidad reconoce nunca les fueron comunicados ni son de su responsabilidad, motivo por el cual no les son oponibles.
10. La empresa concesionaria cuestiona también en dicha comunicación la afirmación que los montos a pagar por transitabilidad se determinen en función al kilometraje y la conclusión por la cual deben preferirse los montos desagregados. Sobre este último punto, señalan que PROINVERSIÓN debe limitarse a detallar hechos y no a determinar la interpretación del Contrato de Concesión. Finalmente, concluyen reafirmando su posición previamente expresada pues afirman haber actuado de buena fe según las estipulaciones contractuales y que, dada las condiciones en que han recibido el tramo a su cargo, es lógico que disponga de mayores recursos para la transitabilidad.

II. OBJETO

11. El objeto del presente informe es interpretar cuál es el monto máximo consignado en el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión que deberá ser considerado por el Concedente para el pago de las labores de transitabilidad, a fin de que sea elevada al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a

interpretar el Contrato de Concesión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.

III. MARCO LEGAL

12. El artículo 7º de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente:

“Artículo 7º

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)”

IV. ANÁLISIS

Planteamiento del problema

13. El literal c) de la cláusula 8.21 establece lo siguiente:

Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO.

8.21.- De acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario, el CONCEDENTE se obliga a pagar al CONCESIONARIO, en Dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes conceptos señalados en los Acápites a) y b) por la Concesión que toma a su cargo:

(...)

c) Costo de Transitabilidad durante el período de Construcción de las Obras: El CONCESIONARIO deberá mantener la transitabilidad en todo el Tramo, desde la Fecha de Vigencia de las Obligaciones y hasta la fecha de culminación de la etapa de Construcción de Obras. Para tal efecto, se entenderá que existe transitabilidad, cuando todo tipo de vehículo, pueda desplazarse por todo el tramo sin restricción alguna, durante toda la etapa de Construcción.

EL CONCEDENTE reconocerá a favor del CONCESIONARIO, un monto no mayor de US\$ 16 420 820,00 (Dieciséis Millones Cuatrocientos Veinte Mil Ochocientos Veinte y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de trabajos destinados a mantener la transitabilidad de los sectores del Tramo en los cuales no se ejecuten Obras durante el período de Construcción. Los montos antes señalados no incluyen el Impuesto General a las Ventas

A fin de que el CONCESIONARIO tenga derecho al pago antes indicado, se deberá tener en cuenta el siguiente procedimiento:

a) Antes del inicio de la Primera Etapa de Construcción, el CONCESIONARIO deberá presentar al CONCEDENTE y al REGULADOR, un programa detallado señalando los trabajos a ejecutar para el mantenimiento de la transitabilidad, durante toda la etapa de Construcción, los recursos a ser utilizados, su valorización y la oportunidad de su ejecución.

b) El monto antes señalado, será pagado al CONCESIONARIO en cuotas semestrales cuyos montos no deberán exceder a los definidos en el cuadro siguiente. La primera de ellas con vencimiento a los seis primeros meses del inicio de la Construcción de las Obras de la Primera Etapa.

- c) El CONCESIONARIO a la finalización de cada semestre, remitirá al REGULADOR, un informe debidamente sustentado, detallando las actividades del programa referido en el Acápito a), ejecutadas durante el periodo incluyendo los costos incurridos.
- d) El REGULADOR tendrá un plazo de veinte (20) Días Calendario para evaluar el Informe antes referido y determinar el monto y la procedencia del pago. En caso de no existir observaciones, el REGULADOR comunicará al CONCEDENTE para que proceda al pago respectivo.
- e) En caso que el REGULADOR encuentre observaciones, comunicará dicha situación al CONCESIONARIO, quien tendrá un plazo no mayor de quince (15) Días Calendario para la respectiva subsanación. El REGULADOR tendrá un plazo no mayor de quince (15) Días Calendario para emitir opinión favorable luego de recibida la subsanación de las observaciones.

PAGOS / semestre	1	2	3	4	5	6	7
Tramo 4	2'325,851	2'143,771	2'223,027	2'058,252	1'890,663	1'720,444	1'200,992

14. A partir de la lectura de la cláusula antes transcrita queda en evidencia que no existe coherencia entre las cifras que contempla. En efecto, el encabezado del literal c) de la cláusula 8.21 establece que el monto que podrá ser reconocido por el Concedente al Concesionario por concepto de transitabilidad es un máximo de US\$ 16 420 820; mientras que el acápite b) del mismo literal señala que el monto por transitabilidad será pagado en cuotas semestrales cuyos montos no deberán exceder aquéllos definidos en el cuadro que aparece al final de dicha cláusula, siendo la sumatoria de éstos equivalente a US\$ 13 563 000.

15. De otra parte, mediante la Circular N° 39 del 17 de junio de 2005, el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos comunica a los Postores Precalificados, en su literal e), lo siguiente:

Cláusula 8.21 c):

*El CONCEDENTE reconocerá a favor del CONCESIONARIO, un monto no mayor de US\$ * Tramo 2: US\$ 12'220,400
Tramo 3: US\$ 12'458,780
Tramo 4: US\$ 16'420,820*

Se sustituye el cuadro de dicha cláusula, conforme a lo siguiente:

PAGOS / semestre	1	2	3	4	5	6	7
Tramo 2	2'043,930	1'883,920	1'953,569	1'808,767	1'661,492	1'511,905	1'055,417
Tramo 3	2'678,253	2'468,585	2'559,849	2'370,108	2'177,127	1'981,117	1'382,961
Tramo 4	2'325,851	2'143,771	2'223,027	2'058,252	1'890,663	1'720,444	1'200,992

16. Para efecto del presente informe, la Circular N° 39 no aporta elementos que permitan aclarar el sentido del literal c) de la cláusula 8.21 en la medida que contiene los mismos montos divergentes que aparecen en el Contrato de Concesión. Esto lleva únicamente a la conclusión que, a la fecha de emisión de esta circular, ya existía incoherencia entre los montos máximos en materia de transitabilidad.

Informe remitido por PROINVERSIÓN

17. Teniendo en cuenta que PROINVERSIÓN fue encargado del proceso de selección del concesionario y ha puesto en conocimiento un informe explicando los problemas involucrados en esta materia, es importante analizar su posición a fin de evaluar si aporta o no elementos que ayuden a resolver la divergencia. En dicho informe se hace referencia a una serie de errores cometidos y conceptos sobre los montos de transitabilidad.
18. En efecto, el informe remitido por PROINVERSIÓN, respecto de su primer error, señala que *“Al momento de consignar los montos globales en la versión final del contrato que aún servía para los tres tramos, se invirtieron los valores entre los tramos 3 y 4”*. Analicemos entonces que fue lo que finalmente se consignó en los literales c) de las cláusulas 8.21 de ambos contratos de concesión a fin de entender este supuesto error:

	Tramo 3	Tramo 4
Monto Global	US\$ 12 458 780	US\$ 16 420 820
Sumatoria de los montos semestrales	US\$ 15 618 000	US\$ 13 563 000

19. Lo que en cada contrato debió haberse consignado eran montos globales que fuesen el resultado o, en todo caso, que coincidieran con la sumatoria de montos desagregados. Sin embargo, la simple lectura del cuadro anterior pone en evidencia que se trata de cuatro montos distintos. Ello determina que sin importar qué montos se inviertan entre estos tramos, siempre vamos a concluir con montos que no coinciden y, por lo tanto, con el mismo problema que es materia del presente informe. En consecuencia, lo señalado por PROINVERSIÓN no resulta relevante ante el problema de interpretación de esta cláusula.
20. De otra parte, respecto de su segundo error en esta materia, PROINVERSIÓN señala que *“Al momento de trabajar la distribución de los montos en la forma en que iban a ser recuperados se cometió el error de distribuirlos en forma proporcional al porcentaje de avance de las etapas que eran de: 29%, 38% y 33%, respectivamente, en lugar de hacerlo al porcentaje de longitud de los tramos 2, 3 y 4: 29.73%, 39.96% y 30.31%, respectivamente, error que fue identificado y consultado, pero al ser la diferencia mínimas y acercarse más a la distribución propuesta por el MTC, se optó por mantener a fin de no generar desconcierto, omitiéndose, involuntariamente, la modificación de las cantidades globales”*¹. Lo señalado por PROINVERSIÓN nos dejaría ante el siguiente panorama:

	Tramo 4
Monto Global (Contrato de Concesión)	US\$ 16 420 820
Sumatoria de los montos semestrales (Contrato de Concesión)	US\$ 13 563 000
Monto aplicando el 30.31%	US\$ 12 457 410

¹ La base sobre la que se aplican tales porcentajes es de US\$ 41 100 000

21. Nuevamente nos encontramos ante tres montos que no coinciden y que, por lo tanto, nos llevan a una situación en la que no es posible solucionar el problema. De otra parte, siguiendo el razonamiento de PROINVERSIÓN llegaríamos a los siguientes escenarios: (i) en caso de invertir los montos globales entre los Tramos 3 y 4, aún así existirían –aunque de menor magnitud- diferencias en los montos, situación que no resuelve el problema; y, (ii) ello supondría además que los montos desagregados del tramo 4 que aparecen en la tabla tampoco serían consistentes y sería necesario volver a distribuirlos para saber cuáles serían los montos máximos a pagar por el Concedente en cada uno de los siete semestres.
22. Tal como señala la empresa concesionaria, en este estado de la Concesión, es decir, luego de la suscripción del Contrato, las opiniones y hechos comunicados por PROINVERSIÓN son importantes como antecedentes que permitan entender en mejor medida aquello que se ha previsto en el propio Contrato de Concesión. Sin embargo, el punto de partida para definir los distintos aspectos vinculados a la relación de concesión deriva de las diversas cláusulas del Contrato mismo y los documentos que formen parte de éste.
23. A partir de lo anteriormente expuesto, los aspectos mencionados por PROINVERSIÓN en nada ayudan a resolver la presente interpretación pues los errores que habría cometido supondrían modificar el Contrato mismo.
24. En consecuencia, la divergencia entre las partes de esta cláusula hace necesario proceder a interpretarlas de acuerdo a los métodos jurídicos previstos por la ley y por la doctrina. Sin embargo, antes de proceder a realizar dicha interpretación se evaluará la posición adoptada por la empresa concesionaria.

Posición de la Empresa Concesionaria

25. Tal como se mencionó en la sección de antecedentes del presente informe, la empresa concesionaria expresa en la Carta N° IC-042/05.BT su posición en el sentido que el monto a ser considerado por concepto de transitabilidad es el de US\$ 16 420 820. Sustenta su posición en los siguientes argumentos:
 - a. El Contrato de Concesión se ha perfeccionado por el acuerdo de voluntades contenido en la propuesta del postor y su aceptación por el Estado por lo que *“al incluir nuestra propuesta económica el monto de US\$ 16 420 820 por concepto de transitabilidad, y haber sido ésta aceptada por el Concedente, no queda duda del contenido del pacto entre las partes”*.
 - b. Que la suma de US\$ 16 420 820 incluida en el Contrato de Concesión es la informada por PROINVERSIÓN a través de la Circular N° 39.
 - c. Como consecuencia de lo anterior existe un error material en el cuadro en el que se distribuye el monto global, sobre la base del cual –de buena fe- ha decidido su participación en el proyecto.
 - d. Finalmente señala que es injusto sostener que el Concesionario esté obligado a realizar un servicio a un valor diferente del contratado, el mismo que fue expresamente indicado en su propuesta y considerado por él al momento de definir su propuesta.

26. La empresa concesionaria señala que optar por los montos desagregados implicaría desconocer aquello que se pactó en el Contrato de Concesión. En este punto es necesario recordar lo previamente mencionado en el sentido que tanto el monto global como el monto que es resultado de la sumatoria de los pagos semestrales han sido expresamente contemplados en el Contrato de Concesión. En tal sentido, consideramos que optar por el monto global implicaría simplemente actuar sobre la base de uno de los pactos expresos dejando de lado el otro. Consideramos que este solo argumento no es suficiente para inclinarnos a aceptar dicha posición, siendo necesario entonces entrar a interpretar el Contrato de Concesión, según los estándares legales y jurídicos comúnmente aceptados.
27. Otro argumento mencionado por la empresa concesionaria y, de alguna manera, derivado del anterior es que no puede desconocerse el monto de US\$ 16 420 820 por concepto de transitabilidad en la medida que estaba contenido en su oferta económica, la cual fue aceptada por el Estado. Al respecto, es importante tener en consideración lo establecido por la Circular N° 37 de PROINVERSIÓN a través de la cual se comunicó a los postores lo siguiente:
- c. De igual modo, al momento de preparar su oferta, el Postor no deberá considerar los costos por los conceptos que se indican a continuación, debido a que los mismos constituyen obligaciones del CONCEDENTE que serán pagadas de manera adicional al PAO y PAMO de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión.*
- (...)
- *Costos de Transitabilidad durante el período de Construcción de Obras (Cláusula 8.21 c)*
- (...)
28. Tal como queda en evidencia a partir de la citada circular y para efecto del proceso de selección, los montos relacionados con la transitabilidad no fueron considerados como parte de la oferta de los postores. En tal sentido, no puede entonces argumentarse que se está desconociendo una oferta debidamente aceptada.
29. Sin perjuicio de lo anterior, también es importante tener en consideración que el monto por transitabilidad no fue incluido por el Concesionario en su oferta económica, tal como queda en evidencia a partir de la lectura de la misma. En tal sentido, tampoco puede alegarse que dicho monto se incorporó a la misma y fue aceptado por el Estado. Esta no inclusión, de otra parte, es consistente precisamente con la circular anteriormente citada.
30. Respecto de la referencia a la Circular N° 39 en la que aparece el monto de US \$16 420 820 por concepto de transitabilidad debemos reiterar que dicha circular – tal como se mencionó previamente- no aporta elementos para resolver la divergencia entre las partes del inciso c) de la cláusula 8.21 pues también se incluye la tabla con los montos semestrales desagregados cuya sumatoria no coincide con el referido monto global.
31. Sobre la existencia del alegado error material en el cuadro contenido en esta cláusula, el análisis que se realiza más adelante en el presente informe está destinado a determinar el sentido de la cláusula y evaluar si, en efecto, existe el error material en los términos planteados por el Concesionario.

32. Finalmente, sobre el argumento que es injusto obligar al Concesionario a realizar un servicio a un valor diferente del contratado, debemos señalar que –al margen de no formar parte de su oferta- los montos establecidos en el Contrato de Concesión son máximos, lo que quiere decir que independientemente de la discrepancia sobre cuál es el monto máximo, al suscribirse el contrato no ha existido un monto conforme al cual deba realizar el servicio sino simplemente límites por debajo de los cuales y con posterioridad se deberá determinar el valor de los servicios del Concesionario por concepto de transitabilidad.
33. En atención a lo mencionado es necesario entonces proceder a interpretar el inciso c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión a fin de determinar cuál es el monto máximo que deberá ser tomado como referencia al momento de determinar los pagos al Concesionario por concepto de transitabilidad.

Marco general para el proceso de interpretación jurídica de los contratos

34. El proceso de interpretación jurídica en general es una actividad compleja que, en el presente caso, resulta delicada dado que la cláusula en cuestión contiene montos que no concuerdan entre sí. En efecto, tal como señala Messineo²:

“... la tarea del que interpreta un contrato es mucho más compleja y ardua puesto que debe, además de eliminar las eventuales dudas o ambigüedades, aclarar también cuál es la voluntad concreta de las partes; en consecuencia, realiza una función objetiva y subjetiva a la vez

(...)

La actividad del intérprete sirve o debería servir para sustituir a la interpretación unilateral y controvertida de cada una de las partes, una interpretación, más adecuada que se deja inferir de la voluntad común”

35. Sin perjuicio de su calidad legal de contrato administrativo (calidad que por sí misma puede afectar su forma de interpretación en atención al interés público involucrado), al presente Contrato de Concesión resultan de aplicación supletoria las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en el Código Civil.
36. El Código Civil ha planteado algunos criterios de interpretación de actos jurídicos en sus artículos 168 a 170³. Estos artículos contemplan aspectos tales como la declaración de las partes como punto de partida del proceso interpretativo (que no se reduce a la interpretación literal sino a la objetivización de las declaraciones); el principio jurídico de la buena fe (de carga claramente valorativa sobre aspectos como la eficacia o la confianza en las declaraciones); el método de interpretación sistemático del acto (entendiendo unas cláusulas a través de las otras y que, como una unidad, cada una de sus cláusulas cumple un cometido); y, el método de interpretación razonable/finalista (sobre la base del objeto y naturaleza del acto). Es importante señalar que la utilización de estos métodos de interpretación jurídica ha sido prevista en los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de

² Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, págs. 88 y 90.

³ **Artículo 168.-** *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

Artículo 169.- *Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

Artículo 170.- *Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto*

Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados mediante Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

37. Ciertamente tales elementos deben ser tomados en cuenta en el proceso de interpretación, sin perjuicio de otros principios, métodos o técnicas aportados por la doctrina nacional y extranjera. En tal sentido, y en concordancia con lo establecido por el Código Civil, Sconamiglio⁴ señala que:

"... la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo, que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."

38. El punto de partida de la labor de interpretación jurídica es la declaración o declaraciones contenidas en el Contrato de Concesión. Ello deriva de lo establecido por el artículo 168 del Código Civil, respecto del cual Lohmann⁵ comenta lo siguiente:

"Según la redacción de este artículo es materia de interpretación la intención hecha objetiva por el agente, adoptando lo expresado como marco y como punto de partida. Lo declarado, así, viene a constituirse como la puerta de ingreso a la voluntad contenida en la declaración y, a la vez, marco de la misma."

39. Las declaraciones contractuales (lo "expresado") cumplen entonces dos finalidades: es el punto de partida del proceso interpretativo y constituye el marco de análisis. Como punto de partida implica que la interpretación no se agota en su literalidad, pero como marco de análisis supone que no puede ignorarse debiendo la interpretación enmarcarse dentro de los parámetros de la declaración:

*"Por lo "expresado", sin embargo, no deben entenderse única y exclusivamente las palabras utilizadas. Aunque sea una obligación para el declarante hacer saber su voluntad con palabras o expresiones adecuadas, no es labor del intérprete –según el espíritu de este artículo- fijar el significado gramatical de éstas, sino lo que con ellas realmente se quiso significar"*⁶

40. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como se mencionó, en el presente caso la declaración se ha realizado en términos de montos máximos divergentes, motivo por el cual es importante tener en cuenta lo señalado por Messineo⁷:

"Lo que hemos llamado desacuerdo post-contractual se resuelve recurriendo, para aclarar el sentido del contrato, a lo que en realidad tenían en su pensamiento y voluntad, sean cuales fueren las palabras empleadas por ellas. No se trata, por cierto, de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de corregirse, en su caso, a la luz de la efectiva voluntad común"

⁴ Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1991, pág 236.

⁵ Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima, Grijley, 1997, pág 264.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Messineo, Francesco. *Op. Cit.* pág. 103

41. En la misma línea el propio Lohmann⁸, citando a Emilio Betti, señala que:

“Por eso dice Betti que el objeto de la interpretación es una declaración o un comportamiento, no abstractos, sino en el marco de circunstancias que les confieren significado y valor objetivos, y su función, entre otras, es reconstruir el precepto de voluntad declarada más allá de la expresión inadecuada.”

42. Dichas citas jurídicas ponen en evidencia que pueden existir errores en la literalidad de lo declarado, siendo la finalidad del proceso interpretativo determinar el sentido mismo de la declaración.

43. Un punto importante es diferenciar lo que puede ser un error en la literalidad de la declaración, del caso en que dicha expresión refleje plenamente la declaración o acuerdo.

44. Una situación particularmente compleja para el intérprete sería aquella en la que el supuesto error en la redacción de una cláusula entra en conflicto o difiere con otras cláusulas del contrato. Dicha situación deberá ser evaluada con cuidado pues podríamos estar ante una falta de concordancia o armonía entre las cláusulas y no ante errores literales⁹. En este caso el análisis deberá estar orientado a buscar, en la medida de lo posible, significados armónicos a las distintas partes del contrato¹⁰.

45. De otra parte, un caso más sencillo para el intérprete será aquél en el que el supuesto error en la literalidad de una cláusula no resulta concordante con el sentido de la misma cláusula a interpretar. En otras palabras, una cláusula que ha sido redactada para regular un aspecto contractual específico contiene términos cuya significación no resulta armónica. En este caso existen mayores probabilidades de que exista el referido error literal debiendo, en todo caso, resolverse el problema de acuerdo al sentido de la cláusula misma, la materia regulada o su lógica según el objeto del contrato, según el caso.

46. El caso bajo análisis es sin duda el señalado en el punto anterior, motivo por el cual es necesario interpretarlo bajo tales parámetros.

Los montos máximos por transitabilidad establecidos en el Contrato de Concesión

47. Como punto de partida para interpretar la declaración o acuerdo contractual es necesario insistir en que ambos montos han sido establecidos como máximos. Este aspecto en el que ambas declaraciones coinciden determina que, en estricto, no exista un derecho previamente definido a favor del Concesionario. En todo caso puede haber una expectativa para obtener el monto máximo posible pero dicha suma no puede exigirse sobre la base de la simple suscripción del Contrato de Concesión, ni generar obligaciones directas a partir de la cláusula contractual.

⁸ Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. Cit.*, pág 254.

⁹ Un problema de error en la literalidad implicará una única declaración cuya manifestación literal ha sido equívoca o errada, mientras que una falta de concordancia entre cláusulas (por ser divergentes, contradictorias, etc.) supondrá falta de concordancia también en las declaraciones, siendo necesario –en este último supuesto- armonizar los acuerdos o declaraciones más allá de su literalidad.

¹⁰ En estos casos cabe la posibilidad que no exista posibilidad de solucionar el problema si es que las diferentes cláusulas del contrato terminan anulando una el efecto de la otra y sin que pueda identificarse (a través de los métodos de interpretación jurídica) elementos que resuelvan la contradicción entre las declaraciones.

Es necesario entonces que el monto por concepto de transitabilidad se defina en un momento posterior en los términos establecidos por la propia cláusula 8.21.

48. Lo anteriormente mencionado (que se trata de una expectativa y no de un derecho) es confirmado por la propia cláusula cuando, luego de establecer el monto global máximo en el segundo párrafo del inciso c), inicia su siguiente párrafo señalando que *“A fin de que el CONCESIONARIO tenga derecho al pago antes indicado, deberá tener en cuenta el siguiente procedimiento ...”*
49. Cuando la cláusula hace referencia al pago “antes indicado” está haciendo referencia precisamente al concepto de transitabilidad, es decir, para ser acreedor del pago por transitabilidad la propia cláusula condiciona dicho pago efectivo a las reglas que se mencionan a continuación. Una de esas condiciones es la establecida en el literal b) que señala que *“El monto antes señalado, será pagado al CONCESIONARIO en cuotas semestrales cuyos montos no deberán exceder a los definidos en el cuadro siguiente”*.
50. El monto señalado al que se hace referencia es precisamente la suma global contenida en el segundo párrafo, a la que se le establece un límite adicional y que es que se pagará en cuotas semestrales con montos que no deben exceder los definidos en el cuadro. Al remitir el pago a que el Concesionario tiene derecho al referido cuadro también debe considerarse que se ha establecido un total de siete semestres y que cada uno tiene un monto máximo que difiere de los montos máximos de los demás semestres.
51. En atención a lo mencionado, consideramos que no puede interpretarse bajo el tenor de las declaraciones contractuales (lo pactado) que pueda pagarse efectivamente al Concesionario sumas por concepto de transitabilidad que no respetan el número de semestres ni el monto máximo de cada uno de estos semestres, máxime si dicha interpretación se sustenta en una expectativa (el monto global) y no un derecho contractual que recién nacerá cuando se cumplan los requisitos y procedimiento establecidos en el tercer párrafo del inciso c) de la cláusula 8.21.
52. Sin perjuicio de lo señalado, es necesario reconocer que lo que debió haberse consignado en esta cláusula del Contrato de Concesión es un único monto máximo que sea igual al monto máximo global (segundo párrafo) e igual a la sumatoria de los pagos semestrales (tercer párrafo). Sin embargo, asumiendo la referida divergencia, creemos que la declaración contractual ha sometido expresamente dichos pagos a, entre otras cosas, las condiciones establecidas en el referido cuadro.
53. Al margen de la interpretación según lo declarado a que hace referencia el artículo 168 del Código Civil, dicha norma recoge el principio jurídico de la buena fe como una herramienta para identificar el sentido de los actos jurídicos. Sobre este principio Lohmann¹¹ señala lo siguiente:

“... por aplicación de la buena fe la interpretación habrá de tener el sentido de lo que resultaría usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso.”

¹¹ Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. Cit.*, pág 270.

54. Cuando el citado autor hace referencia al “sentido usual y ordinario” y a la “persona diligente”, sin duda alude a la llamada buena fe objetiva, es decir, la buena fe que deriva de las declaraciones o cláusulas contractuales. Dichos términos excluyen por tanto la denominada buena fe subjetiva en la medida que no es labor del intérprete –al margen de su práctica imposibilidad- investigar cuál era el querer interno de cada contratante que no ha sido traducido o que no se encuentra reflejado en las referidas declaraciones o cláusulas contractuales.
55. Siendo ello así, no se trata entonces de simplemente asumir que se estableció un monto máximo global de US\$ 16 420 820, pues también existía conjuntamente con éste la tabla con los montos semestrales máximos a pagar¹², sino que ambos elementos (monto global y tabla) han sido articulados lógicamente a través de la declaración contractual contenida en el literal c) de la cláusula 8.21.
56. Siendo ello así, el intérprete enfrenta en el presente caso el hecho que los postores del proceso de selección fueron confrontados con el monto global máximo y a la tabla de pagos semestrales y, adicionalmente, a la relación entre ambas cifras. Ante tal situación, una persona diligente, sin perjuicio de la divergencia de cifras, debió haber prestado particular atención a la tabla pues ella contenía los montos máximos a pagar por semestre y, tal como mencionamos, cada uno de esos montos era distinto. Una persona diligente debió haber entonces evaluado si las labores de transitabilidad podrían ser cubiertas con tales pagos, incluyendo el número de pagos, el monto máximo de cada uno y la oportunidad en que se realizarían.
57. La posición de la empresa concesionaria se basa únicamente en considerar lo que dice el segundo párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 y dejar de lado todo lo demás (que como mencionamos tampoco le da un derecho sobre dicho monto sino una simple expectativa). No creemos que dicha posición pueda considerarse como razonable, en la medida en que no puede entenderse que una persona es diligente cuando mira solamente al monto máximo por transitabilidad del segundo párrafo y pretende ignorar el condicionamiento, procedimiento y materialización de los pagos por el mismo concepto que se establecen en el siguiente párrafo de dicho literal.
58. En consecuencia, sobre la base de las declaraciones contractuales y el principio de la buena fe contemplados en el artículo 168 del Código Civil consideramos que los montos a cargo del Concedente a pagar por concepto de transitabilidad deben realizarse dentro de los límites de la tabla contemplada en el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión.
59. Además de los principios antes mencionados en el artículo 168, el Código Civil contempla en su artículo 169 la denominada interpretación sistemática. Este mecanismo de interpretación supone, de una parte, entender el contrato como una unidad y, derivado de ello, que las cláusulas que lo integran se interrelacionan unas con otras.
60. En relación con este método de interpretación, y comentando el referido artículo, Lohmann¹³ señala lo siguiente:

¹² Debe recordarse que el monto global y la tabla fueron también expresamente referidos en la Circular N° 39 de PROINVERSIÓN emitida con anterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión.

¹³ Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. Cit.*, pág. 272 y 273.

“Con el principio de interpretación sistemática de que ya se ha hablado, el intérprete ha de juzgar como una unidad coherente todo el contenido del precepto, en el entendido que razonablemente las distintas partes de lo declarado deben tener alguna utilidad, mayor o menor; una relación entre sí y una justificación en el todo. Lo cual no significa que hay que interpretar todo lo declarado, sino que, cual un rompecabezas, cada pieza (no solamente la estipulación, sino también la relación de las palabras entre sí y el orden de las mismas) es necesaria para la visión del conjunto.”

“Esto es así porque los negocios suelen ser un todo o conjunto armónico, de suerte que las estipulaciones que lo integran deben interpretarse de modo complementario, sin que parezca correcta su absoluta individualización, debido a que es el conjunto negocial el que pretende unos propósitos globales, sin perjuicio de las particulares previsiones que a dichos fines o propósitos coadyuvan.”

61. La interpretación sistemática de un acto jurídico es precisamente contraria a la posición de la empresa concesionaria, en la medida que entender el contrato como un todo no se condice con aislar el segundo párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 y pretender que todo efecto jurídico en esta materia (de por sí discutible al tratarse de una expectativa) se derive de dicho párrafo.
62. De otra parte, la interpretación sistemática también supone evaluar la relación entre las distintas cláusulas y entender unas en función de las otras. Al respecto, ya hemos analizado cuál es la relación entre el monto máximo global y los pagos máximos semestrales contenidos en la tabla (al momento de evaluar la declaración contractual). Se trata de una relación expectativa–derecho en el que dicha expectativa se materializa en un derecho a favor del Concesionario en la medida en que se tomen en consideración las limitaciones y procedimiento contenidos en el tercer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21. Bajo tal perspectiva, reiteramos, las limitaciones contenidas en la tabla no pueden ser desconocidas.
63. De otra parte, tratándose ambos -el monto global y los montos semestrales- de montos máximos, enfrentamos dos posibles escenarios: (i) que se realizan los pagos al Concesionario dentro del límite global máximo pero excediendo los límites previstos en la tabla; o, (ii) que se realizan los pagos respetando los límites previstos en la tabla.
64. En el primer supuesto enfrentaríamos una situación en la que, por vía de interpretación, se estaría incumpliendo con pactos expresos contenidos en el Contrato de Concesión. Por el contrario, el segundo supuesto, dados los montos máximos semestrales no implicaría desconocer o contravenir el monto global máximo.
65. Lo señalado no implica negar que en el Contrato de Concesión existe una divergencia entre el segundo y el tercer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21, aunque no una contradicción. En efecto, el segundo escenario demuestra que ambas partes de la cláusula pueden ser interpretadas de manera tal que no se contravenga a ninguna de ellas. Ello es el resultado de que la sumatoria de los pagos semestrales es menor al monto global es máximo y que éste no genera directamente ningún derecho.
66. Finalmente, tal como se señaló, la empresa concesionaria argumenta que es injusto que se le obligue a realizar un servicio a un valor diferente al contratado. Al respecto, y sin perjuicio que el monto máximo global por sí solo no era un “valor contratado” pues este (producto de los pagos que se hagan) se definiría con

posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, es necesario tener en cuenta que el plan de transitabilidad presentado por la empresa concesionaria habría sido elaborado sobre la base de un presupuesto que considera el monto global máximo.

67. Ante esta situación, y a efecto de no generar perjuicios al Concesionario, consideramos conveniente que éste tenga la oportunidad de reformular o ajustar dicho plan de transitabilidad en atención a la sumatoria de los pagos semestrales que aparecen en la tabla, que son los montos máximos que, de acuerdo al Contrato de Concesión, el Concedente podrá pagar por este concepto. Para ello, deberá siempre respetarse el criterio o concepto de transitabilidad previsto en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

1. Por lo expuesto en el presente informe, estas gerencias consideran que debe interpretarse el Contrato de Concesión en el sentido que los pagos semestrales a cargo del Concedente por concepto de transitabilidad deberán respetar el número, monto máximo y oportunidad señalados en la tabla prevista en el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión.
2. Recomendar la elevación del presente informe al Consejo Directivo para que, en ejercicio de sus facultades en materia de interpretación de Contratos de Concesión, se pronuncie sobre el sentido de la cláusula analizadas en el presente informe, para tal efecto se adjunta al presente informe el proyecto de resolución del Consejo Directivo correspondiente.

Atentamente,

WALTER SÁNCHEZ ESPINOZA
Gerente de Supervisión (e)

FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JM/gsg
REG-SAL-GS-GAL-05-8187
TD: 7397