



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 27 de mayo de 2013

N° 021-2013-CD-OSITRAN

VISTOS:

La Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011, de la Sociedad Concesionaria GYM FERROVÍAS S.A., el Oficio N° 201-2012-MTC/25 y el Informe N° 65-2012-MTC/25, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Informe N° 023-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011, la Sociedad Concesionaria GYM FERROVÍAS S.A., solicita la interpretación del numeral 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico;



Que, mediante Oficio N° 201-2012-MTC/25 y el Informe N° 65-2012-MTC/25, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó su posición respecto de la solicitud de interpretación planteada por la Sociedad Concesionaria;

Que, mediante Informe N° 016-12-GS-GAL-OSITRAN, la administración señala que la propuesta de interpretación formulada por la Sociedad Concesionaria, implicaría una modificación del alcance y los términos expresamente definidos en el Contrato de Concesión, por lo que recomienda desestimar dicha solicitud;



Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 023-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, por Acuerdo de Consejo Directivo adoptado en sesión de fecha 27 de mayo de 2013;



SE RESUELVE:

Artículo 1°.- INTERPRETAR la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho en los siguientes términos:



"Cuando la entrega de los bienes de la concesión se realice en fecha posterior a la máxima establecida en la cláusula 5.17.2 del Contrato de Concesión, el Concesionario seguirá teniendo 5 meses y 21 días, computados desde la fecha de toma efectiva de posesión, en los que podrá ejercer su derecho y solicitar que el Concedente asuma la responsabilidad de las posibles fallas



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

que presente el material rodante existente, siguiendo previamente el procedimiento establecido en la propia cláusula 5.11 del Contrato de Concesión".

Artículo 2°.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 023-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria GYM FERROVIAS S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.

Artículo 3°.- PONER en conocimiento de las Gerencias de Supervisión, Regulación y de Asesoría Legal, la presente Resolución, para los fines correspondientes.

Artículo 4°.- AUTORIZAR la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).



Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal N° 14595-2013



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



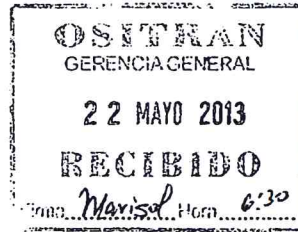
SCD: Pare 2011 de Consejo Directivo.



INFORME N° 023-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN

Para

WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)



De

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión (e)

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal



Asunto

Solicitud de Interpretación de la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte de Lima y Callao, Línea 1.

Referencia

Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011

Fecha

22 de mayo de 2013

I.- OBJETIVO

- 1.- El objetivo del presente Informe es emitir opinión técnico legal respecto de la solicitud de interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (en adelante, el Contrato de Concesión).

II.- ANTECEDENTES

- 2.- El 11 de abril del año 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, el Concedente) y GYM FERROVIAS S.A. (en adelante, el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión.
- 3.- Con fecha 18 de abril de 2011, el Concedente y el Concesionario, suscribieron el Acta de Acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones del Contrato de Concesión, mediante el cual las partes acordaron suspender diversas obligaciones relacionadas con la entrega de los Bienes de la Concesión.
- 4.- El 26 de julio de 2011, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N° 1 al Acta de Acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones del Contrato de Concesión, mediante la cual las partes acordaron modificar y ampliar diversas obligaciones relacionadas con la entrega de Bienes de la Concesión.
- 5.- Con fecha 10 de octubre de 2011, el Concedente y el Concesionario suscribieron el Acta de Entrega Final de los Bienes de la Concesión.



- 6.- El 28 de diciembre del año 2011, mediante Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011, el Concesionario remitió una solicitud de interpretación del numeral 5.11 del Contrato de Concesión.
- 7.- El 2 de enero de 2012, mediante Oficio N° 001-12-GAL-OSITRAN, OSITRAN remitió la Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011 al Concedente, a fin de que éste se sirva emitir opinión.
- 8.- El 30 de enero de 2012, mediante Oficio Circular N° 001-12-GAL-OSITRAN, OSITRAN solicitó al Concedente y Concesionario emitir sus argumentos finales y, de ser el caso, informarnos oportunamente si ejercerán su derecho al uso de la palabra.
- 9.- El 31 de enero de 2012, mediante Oficio N° 201-2012-MTC/25, el Concedente remite el Informe N° 65-2012-MTC/25, formulando su posición respecto a la solicitud de interpretación a la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión.
- 10.- El 2 de febrero de 2012, mediante Oficio N° 002-12-GAL-OSITRAN, OSITRAN remite al Concesionario copia del Oficio N° 201-2012-MTC/25 y sus antecedentes.
- 11.- El 3 de febrero de 2012, mediante Carta/Metro/OSITRAN/00612011, el Concesionario informó que ejercerá su derecho al uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN.
- 12.- El 9 de febrero de 2012, mediante Carta/Metro/OSITRAN/0078/2012, el Concesionario designa a los abogados que harán uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN.
- 13.- El 27 de febrero de 2012, GYM FERROVÍAS S.A. hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN, exponiendo los argumentos que sustentan su solicitud de interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión.

III.- ANÁLISIS



- 14.- Según lo señalado en el objeto del presente informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- A.- La función de OSITRAN de interpretar contratos de concesión.
- B.- Admisibilidad de la solicitud del Concesionario. Cuestión previa.
- C.- Posición y argumentos del Concesionario y Concedente.
- D.- Marco contractual.
- E.- Evaluación de los argumentos e Interpretación de la cláusula 5.11.

A.- La función de OSITRAN de interpretar contratos de concesión

- 15.- El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.



¹ Ley N° 26917.-

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:



- 16.- De otro lado, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN², Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretación de los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, la norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.
- 17.- A través de la Ley N° 29754, se estableció que OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, que incluye a la Línea 1.
- 18.- Como se aprecia de lo indicado, el marco normativo regulatorio, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión bajo su ámbito, entre los cuáles se encuentra el - Línea 1 que forma parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, pues éste constituye el título que otorga a la Empresa Concesionaria el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.

B.- Admisibilidad de la solicitud del Concesionario

- 19.- De igual modo, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante los Lineamientos)³, en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión".
- 20.- De acuerdo con el numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. Además se establece que "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)". Agrega que "pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados".



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

² REGO

"Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

- d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares".

³ Aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004.



- 21.- En el presente caso, el Concesionario ha solicitado y sustentado la necesidad de interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, referida al plazo durante el cual, de manera excepcional y debidamente justificada, el Concedente asume responsabilidad por las fallas que presente el material rodante existente⁴.
- 22.- Teniendo en cuenta que la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión ha sido planteada por el Concesionario, quien se encuentra legitimado para ello, corresponde evaluar el sustento de su planteamiento y establecer cuál es la interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión que debe aplicarse.

C.- Cuestión Previa

- 23.- El Concesionario ha solicitado la interpretación de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión. Sin embargo, debe tenerse presente que, en el numeral 2.29 del Anexo 1 adjunto a la Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011, por la cual el Concesionario remitió su solicitud de interpretación, se precisa lo siguiente:

"(...) se considera pertinente precisar que el procedimiento y plazo que consigna la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, no representa bajo ningún efecto, que el Concedente, pasado el plazo de un año de efectuada la Toma de Posesión se libera de su responsabilidad de atender todos los problemas sobre el Material Rodante Existente, sea de manera directa por la asunción de riesgos claramente delimitada por las partes a lo largo del Contrato de Concesión, o indirectamente a través del Concesionario, mediante el mecanismo de Inversiones Adicionales."

[El subrayado es nuestro]

- 24.- En el caso que nos ocupa, OSITRAN debe evaluar la solicitud de interpretación del numeral 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico, y en particular, determinar si existe alguna necesidad de interpretación de la "contabilización del plazo" para la aplicación del referido numeral. Siendo este el caso, no corresponde ni es materia de evaluación del presente procedimiento de interpretación, la determinación y existencia de otros derechos y obligaciones de las Partes vinculadas a cláusulas contractuales distintas al numeral 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico, como es el caso de lo previsto en el numeral 5.38 y 6.47 del referido Contrato de Concesión.



- 25.- En atención a lo antes expuesto, lo señalado en el numeral 2.29 del Anexo 1 adjunto a la Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011 referido a la responsabilidad de las Partes sobre el Material Rodante Existente, no corresponde ser evaluado en el presente procedimiento de interpretación.

D.- Posición y argumentos del Concesionario y Concedente

- 26.- Tanto en su solicitud, como en el informe oral que realizó ante el Consejo Directivo, el Concesionario manifestó lo siguiente:

- i.- Existe un "vacío contractual que no permite identificar con exactitud las obligaciones del Concedente", por lo que "resulta necesario que el Regulador interprete el procedimiento de la

⁴ De acuerdo con las definiciones del Contrato de Concesión, material rodante existente es el entregado por el Concedente al Concesionario como parte de los Bienes del Concedente, a la fecha de Toma de Posesión del Tramo 1.



Cláusula 5.11 [del Contrato de Concesión], a fin de delimitar el plazo en el cual el Concedente debe solucionar los problemas detectados en el Material Rodante Existente”.

- ii.- La lectura de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión permite colegir que el “Concedente es el responsable por los problemas o inconvenientes surgidos en relación a la idoneidad del Material Rodante Existente, encargándose de la solución correspondiente según el procedimiento establecido en dicha cláusula.” Sin embargo, “podría plantearse alguna dificultad, o al menos alguna discordancia al momento de determinar el plazo efectivo en el cual el Concedente deberá resolver los problemas detectados por el Concesionario”.
- iii.- El problema se presenta al momento de verificar la “contabilización” del plazo previsto en la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico, dado que el mismo señala que “(...) de presentarse algún problema con el funcionamiento del Material Rodante Existente durante el primer Año de la Concesión (...)”. Sobre el particular, el Concesionario señala que “una primer lectura, descontextualizada, de la frase transcrita podría llevarnos a interpretar la cláusula, conforme a la Sección I – Definiciones del Contrato de Concesión. (...) Si bien tal posibilidad es la que nos lleva a solicitar la aclaración, tal interpretación no resultaría acorde al sentido y racionalidad de la previsión contractual, ni posible – valga la redundancia – si la interpretación, como corresponde, es sistemática e integral en el marco del contrato”.
- iv.- “Por lo general, este tipo de compromisos cuentan con plazos que se determinan en torno al plazo efectivo en días, meses o años contabilizados desde la fecha, hecho o situación que amerita la contabilización respectiva”. En virtud de ello, señala que el plazo debe ser de 12 meses computados desde la toma de posesión.
- v.- Partiendo de una lectura conjunta de la Cláusula 5.18 con los plazos establecidos en la cláusula 5.17, el Concesionario alega que no entender la cláusula 5.11 como se propone, implicaría otorgar un beneficio a éste, en caso el Concedente entregue los Bienes de la Concesión en un plazo menor de (90) noventa días calendario (cláusula 5.17 y 5.18); o un perjuicio, en caso el Concedente se demore en la entrega de los Bienes de la Concesión, lo cual implicaría que el “incumplimiento del Concedente de entregar los Bienes en los plazos a los que se comprometió, le reportaría a su vez un beneficio frente al Concesionario para liberarse de atender de manera directa a la solución de los problemas que se detecten en el Material Rodante Existente”.
- vi.- “Entender de otra manera lo señalado en la Cláusula 5.11 sería contrario con el principio de Buena Fe contractual que regula la relación que entablan el Concedente y el Concesionario y resultaría incongruente con las demás obligaciones y compromisos asumidos por las partes al suscribir el Contrato de Concesión”.



27.- Por otro lado, el Concedente, con relación a la lectura del numeral 5.11 del Contrato de Concesión señala que:



- i.- “Queda meridianamente claro, que efectivamente el Concedente tiene la obligación de subsanar los defectos detectados por el Concesionario y corroborados por el Organismo Regulador respecto de idoneidad y funcionamiento del material rodante existente. Asimismo, queda claro que la obligación del Concedente de subsanar los defectos advertidos por el



Concesionario es durante el primer año de la concesión contados a partir de la toma de posesión".

- ii.- "De la revisión del Contrato de Concesión, se advierte que el referido Contrato de Concesión ha sido suscrito por el Concedente y por el Concesionario el 11 de abril de 2011, de modo tal que de acuerdo a la definición antes descrita, el primer año de la concesión rige desde el 11 de abril hasta el 31 de diciembre de 2011".

E.- Marco contractual

28.- La cláusula 5.11 del Contrato de Concesión materia de la presente interpretación, establece lo siguiente:

"5.11.- De manera excepcional y debidamente justificado, el hecho que el Material Rodante Existente adquiera el carácter de Bienes de la Concesión a partir de cierto momento, según lo indicado en el literal a) de la cláusula precedente, no supone de forma alguna una aceptación explícita o implícita del CONCESIONARIO sobre la idoneidad de tales bienes, o su calidad o capacidad para servir adecuadamente para los fines de la Concesión, y cumplir con las obligaciones previstas en el Contrato y los Niveles de Servicio. La responsabilidad respecto del cumplimiento del Contrato y la idoneidad de los Bienes de la Concesión para lograrlo, en lo referido al Material Rodante Existente, corresponde al CONCEDENTE. En dicho caso, de presentarse algún problema con el funcionamiento del Material Rodante Existente durante el primer Año de la Concesión contados a partir de la Toma de Posesión, el CONCESIONARIO notificará estos hechos al Regulador, con copia al CONCEDENTE, dentro de los dos (2) días posteriores a la detección de dicho problema, recomendando las alternativas de solución que considere pertinentes, para la verificación correspondiente, la misma que tendrá lugar en el plazo no mayor de quince (15) Días. De comprobarse el problema aducido por el CONCESIONARIO por parte del Regulador, este le comunicará al CONCEDENTE el resultado de la evaluación realizada y las recomendaciones para solucionar dicho problema, en el plazo máximo de dos (02) Días de culminada la evaluación, para que se proceda a la subsanación de tales hechos. Para el presente caso, cuando resulte pertinente se podrá aplicar el procedimiento establecido en las Cláusulas 6.45 a 6.48 del Contrato de Concesión.

En el mismo sentido, de manera excepcional y debidamente justificado, el hecho que determinados bienes adquieran el carácter de Bienes de la Concesión a partir de cierto momento, - bienes a que se hace referencia en los literales b), c), d), e) y f) de la cláusula precedente -, no supone de forma alguna una aceptación explícita o implícita del CONCEDENTE sobre la idoneidad de tales bienes, o su calidad o capacidad para servir adecuadamente para los fines de la Concesión, y cumplir con las obligaciones previstas en el Contrato y los Niveles de Servicio. La responsabilidad respecto del cumplimiento del Contrato y la idoneidad de los Bienes de la Concesión para lograrlo corresponde al CONCESIONARIO en dichos supuestos."

[El subrayado y negrita es nuestro]

29.- En la sección "Definiciones" del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico se señala lo siguiente:

"Año(s) de la Concesión

Cada periodo de doce (12) meses, del 1 de enero al 31 de diciembre, con excepción del primer Año de la Concesión, el mismo que comenzará en la Fecha de Suscripción del Contrato y terminará el 31 de diciembre del mismo año.

El último Año de la Concesión comenzará el 1 de enero y terminará en la fecha en que ocurra el aniversario correspondiente a la Fecha de Suscripción del Contrato.

El número de Años de Concesión deberá corresponder al total de Años de Concesión, sumadas las prórrogas correspondientes."

[El subrayado es nuestro]

"Toma de Posesión



Es el acto mediante el cual el CONCESIONARIO recibe íntegramente el Área de la Concesión y los Bienes del CONCEDENTE entregados por el CONCEDENTE, para ser destinados a la ejecución del Contrato, dejando constancia de ello en el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE. La Toma de Posesión se verificará de acuerdo a lo establecido en la Cláusulas 5.17 a 5.26 del presente Contrato.

[El subrayado es nuestro]

30.- La cláusula 5.17 del Contrato de Concesión precisa qué se entiende por Toma de Posesión:

"5.17.- La Toma de Posesión de los bienes que entregará el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, que se encuentran enumerados en el Anexo 5, se efectuarán en tres (03) actos y de acuerdo a lo siguiente:

5.17.1.- A más tardar a los treinta (30) Días Calendario, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO el área correspondiente para la construcción y ejecución de las Obras, lo cual se dejará constancia en el Acta de Entrega Inicial de los Bienes del CONCEDENTE.

5.17.2.- A más tardar a los noventa (90) Días Calendario, a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO la totalidad de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 1, a fin que el CONCESIONARIO empiece la Puesta en Operación Comercial con el Material Rodante Existente, para lo cual se suscribirá el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE. El inventario que servirá de base para la suscripción de la referida acta, deberá haber sido elaborado en forma previa entre un representante del CONCEDENTE y del CONCESIONARIO, ante presencia de un Notario Público. Los gastos notariales serán asumidos por el CONCESIONARIO.

En caso el CONCEDENTE no entregue la totalidad de los Bienes del CONCEDENTE en el plazo antes indicado, será de aplicación lo dispuesto en el literal d) de la Cláusula 15.11.

En el mismo acto, el CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO los Bienes Opcionales para que éste último seleccione cuáles formarán parte de los Bienes de la Concesión.

5.17.3.- A más tardar a los treinta (30) Días Calendario de culminadas las obras civiles y equipamiento del Tramo 2, el CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO la totalidad de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 2, a fin que el CONCESIONARIO realice las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Adquirido y empiece la Puesta en Operación Comercial del Tramo 2, para lo cual suscribirá el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE.

En caso el CONCEDENTE no entregue la totalidad de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 2 en el plazo antes indicado, será de aplicación lo dispuesto en la Cláusula 5.20"

[El subrayado es nuestro]

31.- La cláusula 6.16 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico señala lo siguiente:

"6.16.- A la fecha de Toma de Posesión señalada en la Cláusula 5.17.2, el CONCEDENTE hará entrega al CONCESIONARIO, el Material Rodante Existente conformado por cinco (05) trenes de seis (06) coches cada uno, según el Listado de Bienes del CONCEDENTE indicado en el Anexo 5.

El CONCEDENTE se obliga a entregar al CONCESIONARIO el Material Rodante Existente con todos los requisitos necesarios para la prestación del Servicio, de conformidad con lo establecido en el Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de Pasajeros en vías férreas que formen parte del Sistema Ferroviario Nacional, así como las obligaciones establecidas en el presente Contrato".

[El subrayado es nuestro]

32.- La cláusula 6.38 del Contrato de Concesión del Tren Eléctrico señala lo siguiente:



"6.38.- El CONCESIONARIO dará inicio a la Puesta en Operación Comercial (prevista para Julio de 2013) luego de realizados los siguientes actos:

- (i) *Para el Tramo 1: A la Toma de Posesión del mismo, de acuerdo a la Cláusula 5.17.2 y luego que se hayan realizado las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Existente y Adquirido para este tramo (...)"*

[El subrayado es nuestro]

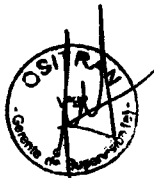
F.- Evaluación de los argumentos e interpretación de la cláusula 5.11

33.- Como es bien sabido, los Contratos de Concesión tienen como función generar confianza en los inversionistas y credibilidad por parte del Estado, ya que éste asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y solo en casos puntuales reclama poderes o facultades especiales⁵. Dado que existe en la legislación vigente una serie de reglas de interpretación aplicables a los contratos en general, es válido que se utilicen éstas reglas, pero de manera conjunta o complementaria con los Lineamientos, sin perder de vista la naturaleza del Contrato de Concesión.

34.- Precisamente, dichos Lineamientos, señalan en su ítem 1 que los mismos "... tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión..."

35.- Asimismo, el ítem 6.1 de los referidos Lineamientos establece que:

"Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir... su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato".



36.- En ese contexto, considerando que el Contrato de Concesión es una especie de acto jurídico, le resulta plenamente aplicable los criterios que sobre interpretación regula el Código Civil. Así, los artículos 168, 169 y 170 de dicho cuerpo normativo establecen que los actos jurídicos deben ser interpretados de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe (interpretación objetiva), señalando que sus cláusulas se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (interpretación sistemática), y que las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto (interpretación integral)⁶. Además, en el artículo 1362, se precisa que:

5 Se manifiesta a través de las cláusulas exorbitantes de la administración, "que alude a las estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato". Hernández, Rolando, Las prerrogativas de la Administración, En: http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_86/05-Las%20prerrogativas%20de%20la%20administraci%C3%B3n.htm (página visitada el 11 de abril de 2013).

⁶ Código Civil

"Artículo 168.- Interpretación objetiva

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

Artículo 169.- Interpretación sistemática



"Artículo 1362.- Buena Fe

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

37.- En virtud de ello, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Sin embargo, debe agregarse que los contratos de concesión se interpretan y ejecutan asumiendo que las partes actúan con buena fe.

38.- De otro lado, el numeral 16.4 y siguientes del Contrato de Concesión precisa, entre otros aspectos, que el Contrato deberá interpretarse como una unidad y que en caso de divergencia, las Partes seguirán el orden de prelación siguiente: (a) El Contrato y sus modificatorias; (b) Las Circulares; y (c) Las Bases.

39.- Al respecto, los Lineamientos prescriben que "*Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance*". Sobre el particular, BARCHI VELAOCHAGA⁷ señala que por interpretación debemos entender a aquella "(...) *operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como 'voluntad común' de una determinada regulación contractual*". Para tal efecto, precisa que:

"Como el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad 'común' que se traduce en el acuerdo".

[El subrayado es nuestro]

40.- En el mismo sentido, VIDAL RAMIREZ agrega que:

"(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el interprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe"⁸.

[El subrayado y resaltado es agregado]



41.- Así, la necesidad de interpretar un contrato surge con la finalidad de determinar, utilizando los respectivos métodos, cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, aceptando en todo momento que las partes adoptaron su contenido actuando de buena fe, todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación.

42.- Dicho esto, corresponde establecer si, como ha señalado el Concesionario mediante Carta/Metro/OSITRAN/0177/2011, existe un "vacío contractual" en la cláusula 5.11 "que no

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

Artículo 170.- Interpretación integral

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

⁷ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p. 1768.

⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.



permite identificar con exactitud las obligaciones del Concedente", y que por lo tanto es necesaria la interpretación que establezca cuál es el plazo dentro del cual el Concedente asume responsabilidad respecto del buen funcionamiento del material rodante existente. El Concesionario, manifiesta que desde su punto de vista este plazo es de doce (12) meses computados desde la toma "efectiva" de posesión, la cual se realizó el 10 de octubre de 2011. Por su parte, el Concedente, indica que dicho plazo es únicamente hasta el 31 de diciembre de 2011.

- 43.- Al respecto, es posible precisar que la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión regula un supuesto excepcional vinculado a los bienes de la concesión⁹, lo cual exige necesariamente una aplicación estricta de lo previsto en la referida cláusula, a fin de no desnaturalizarlo, variando una regla excepcional o que se genere una modificación contractual que implique crear obligaciones que no resulten acordes con lo expresado y buscado por las partes, situaciones que no son el objetivo de la interpretación.
- 44.- Asimismo, el numeral 5.11 del Contrato de Concesión otorga al Concesionario un mecanismo de subsanación de observaciones del material rodante existente que puede ejercerse durante un periodo de tiempo, computado a partir de la toma de posesión, habilitándose, de ser el caso, la realización de inversiones adicionales.
- 45.- En ese orden de ideas, de una lectura literal¹⁰ es posible colegir que el numeral 5.11 del Contrato de Concesión precisa que, el mecanismo excepcional de subsanación de observaciones resulta aplicable durante el primer Año de la Concesión, computándose a partir de la Toma de Posesión. Lo expresado en el Contrato de Concesión denota que existe un plazo dentro del cual el Concedente asume responsabilidad respecto del buen funcionamiento del material rodante existente. No obstante, de dicha cláusula no se deriva expresamente la exactitud de dicho plazo, puesto no establece de manera clara qué se entiende por "Primer Año de la Concesión", ni tampoco por "Toma de Posesión", por lo que el método de interpretación literal no resulta suficiente.

- 46.- Ahora bien, el Contrato de Concesión contempla una sección de definiciones, que permiten aclarar los conceptos señalados en el numeral precedente. Una de esas definiciones tiene que

⁹ Según el numeral 5.10 del Contrato de Concesión, tenemos:

"5.10.- Adquirirán la condición de Bienes de la Concesión:

- a) Los Bienes del CONCEDENTE, a partir de la Toma de Posesión.
- b) Las Obras, en el momento de su construcción.
- c) El Material Rodante Adquirido a partir de la provisión por el CONCESIONARIO.
- d) Los reemplazos, renovaciones, rehabilitaciones y/o adaptaciones, realizadas a los equipos contemplados en la lista de Bienes del CONCEDENTE en el momento en que se instalen o se construyan.
- e) Las Inversiones Adicionales, según corresponda tomando en cuenta la naturaleza de cada bien y lo establecido para cada uno de ellos en la presente Cláusula.
- f) Cualquier derecho de paso o servidumbre que el CONCESIONARIO adquiera u obtenga, según sea el caso, como consecuencia de este Contrato, o el cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO, en el momento que se adquieran u obtengan".

¹⁰ "Según este criterio interpretativo, el interprete indagará lo que la literalidad de la cláusula contractual denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. El método literal es entonces la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura". BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *De acuerdo que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual*, En: *Tratado (...) Op. Cit.* pp. 1741-1742. "Punto de partida es la interpretación textual o literal, que se basa en el significado expreso de las palabras del texto y se sus conexiones sintácticas, según el código lingüístico compartido por la comunidad de parlantes a la cual pertenecen los contratantes", BARCHI VELA CHAGA, Luciano. *Op. Cit.* p.1784.



ver con la del Primer año de la Concesión, el cual se define como el iniciado en la fecha de la suscripción del Contrato (**11 de abril de 2011**) y culminado el 31 de diciembre del mismo año.

- 47.- Siguiendo este razonamiento, y en concordancia con los artículos 183 y 184 del Código Civil¹¹, lo indicado evidencia que las partes acordaron que el Primer Año de la Concesión no era de 12 meses, sino de **8 meses 20 días**. Respecto de este punto, no existe mayor *discordancia o dificultad* para su determinación.
- 48.- Por otro lado, se advierte que existe una definición con relación a la Toma de Posesión, señalándose que *"es el acto mediante el cual el Concesionario recibe íntegramente el Área de la Concesión y los Bienes del Concedente entregados por el Concedente, para ser destinados a la ejecución del Contrato dejando constancia de ello en el Acta de Entrega Final de los Bienes del Concedente"*. Agregándose que *"la Toma de Posesión se verificará de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 5.17 a 5.26 del (...) Contrato"*.
- 49.- De conformidad con el numeral 5.17.2 de la cláusula 5.17 del Contrato de Concesión, el Concedente debía entregar los bienes del tramo 1 de la Concesión a más tardar a los noventa (90) días calendario, computados a partir de la fecha de suscripción del Contrato. Por tanto, el plazo máximo para que el Concedente entregue el material rodante existente al Concesionario, y se cumpla con la toma de posesión, fue el **10 de julio de 2011**.
- 50.- Asimismo, considerando las fecha máxima de toma de posesión acordada, que fue el 10 de julio de 2011, y la fecha final del primer año de la concesión, que fue el 31 de diciembre de 2011, se puede determinar que el plazo durante el cual el Concedente asumía responsabilidad, de manera excepcional y por razones debidamente justificadas, por el material rodante existente, fue de **5 meses y 21 días** computados desde la fecha máxima en que debió entregarse el materia rodante.
- 51.- Lo señalado fue lo establecido por las partes en la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, confiando válidamente en que cada una de ellas cumpliría con sus obligaciones contractuales. Es decir, el Concesionario tenía la expectativa legítima que por lo menos iba a tener **5 meses y 21 días** durante los cuales podía realizar las pruebas del material rodante existente y en caso de fallas, de manera excepcional y siempre que se encuentre debidamente justificada, el Concedente asumiría la responsabilidad de estas.



¹¹ Código Civil

"Reglas para cómputo del plazo"

Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

- 1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
- 2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- 3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
- 4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
- 5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

Reglas extensivas al plazo legal o convencional

Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente".



- 52.- Dicho esto, se puede establecer que, en aplicación del método sistemático, previsto en los Lineamientos, en la cláusula 5.11 se estableció que el plazo mínimo y obligatorio que determinaron las partes durante el cual el Concedente asumía responsabilidad, de manera excepcional y por razones debidamente justificadas, por la idoneidad del material rodante existente, siempre que el Concesionario lo solicite de acuerdo al procedimiento establecido, fue el comprendido desde el 10 de julio de 2011 (plazo máximo de entrega de los bienes de la concesión) hasta el 31 de diciembre de 2011 (fecha en la cual culminaba el primer año de la concesión).
- 53.- Como se verá más adelante, si bien el plazo pudo haber sido mayor al indicado, siempre y cuando la entrega de los bienes se hubiese realizado antes del 10 de julio de 2011; esta situación no afecta que se acordó el mencionado plazo mínimo respecto del cual el Concedente debía verificar los bienes y podía solicitar que el Concedente se responsabilice por las fallas que se presenten.
- 54.- Dicho esto, resulta cierto que la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión no estableció de manera expresa qué sucede con el plazo cuando la toma de posesión no se realizó en la fecha máxima establecida en el Contrato de Concesión debido a la responsabilidad del Concedente, sino que se cumple en fecha posterior, es decir, más allá del 10 de julio de 2011.
- 55.- Sobre el particular, a fin de encontrar el verdadero sentido de la cláusula, se debe considerar que el contenido del Contrato de Concesión se adoptó y suscribió por las partes actuando de buena fe. Al respecto, debe tenerse que la buena fe no sólo es un criterio de interpretación que recoge el artículo 168 del Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes deba regirse por los valores de la lealtad, fidelidad, equidad, confianza recíproca y razonable. En ese sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores¹². Siendo

¹² "La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así de acuerdo con a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las parte, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, eso es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más acorde con la confianza que se hubiere podido suscitar en la contraparte". AVENDAÑO, Jorge. Op. Cit. 1596. "La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres. El mercado es la búsqueda dinámica, a veces agresiva, del propio interés; pero no puede funcionar normalmente sin una cierta lealtad básica." DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal". En: Op. Cit. pp. 1615-1616. "(...) la buena fe y lealtad es aplicable a todas las relaciones que surgen entre las partes. En otras palabras la buena fe no es una creación del legislador que la ha preestablecido en su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola en una buena fe civil." DE LA PUENTE Y LAVALLE. Op. Cit. p. 1639. "El principio de buena fe es el que gobierna toda la labor hermenéutica sino la de los contratantes. Se trata de una buena fe en sentido objetivo, porque es desde esa perspectiva como se ha de juzgar 'lo expresado' por la conducta de los contratantes si esta se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es justo y lo honesto. La buena fe, así considerada constituye un criterio de valoración, un standard o prototipo de conducta, para calificar la honradez en las relaciones contractuales. / Además el principio de buena fe implica un deber de lealtad entre los contratantes e implica también un deber de fidelidad de cada contratante respecto a la observancia de la correlatividad que debe existir entre lo que quiere y lo que declara, con la finalidad de que lo declarado exprese lo querido. Ambos deberes deben trasuntarse a la conducta de los contratantes, cuya valoración corresponde al hermeneuta. / La plasmación del principio de buena fe en el artículo 168 debe orientar al intérprete hacia la equidad, a que el intérprete se guíe por un criterio de conciencia, equilibrando 'lo expresado' con la conducta de los contratantes. Con este criterio, el hermeneuta atendiendo a 'lo expresado', podrá aplicar cualquier método de interpretación incluso conjugándolos, pero su interpretación queda regido por el principio de buena fe." VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. pp. 1649-1650. "(...) El Principio de buena fe.- Sobre este pilar descansan, indudablemente, todos los elementos y criterios que el intérprete ha de tener en consideración en su labor. Se parte, por lo tanto, de la preocupación de un querer sano, positivo, y razonable y se inspira en voluntades queridas con justicia, seriedad, equidad y certeza. Es un presupuesto sobre el cual se vertebra toda la temática negocial; se parte de la premisa que el agente, en legítimo uso de la autonomía privada, establece un precepto de conducta responsable, sincero y no engañoso y que el destinatario de la declaración la recibe con confianza esta conducta del declarante. Por parte del agente debe confiarse a su vez en la buena fe del receptor de la declaración y que la entiende adecuadamente y sin retorcer su sentido." LOHMMAN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. Cit. p.1676. "En la interpretación del contrato, la



este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso.

- 56.- En ese sentido, la interpretación no debe conducir a resultados **extraños, forzados o engañosos**, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. **Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare esta situación debe ser descartada.** Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común.
- 57.- De otro lado, inmerso dentro de este principio está el principio de conservación del acto (también conocida como interpretación útil), según el cual debe entenderse las cláusulas de tal manera que tengan efectos³³. Una interpretación según la cual una cláusula no puede ser aplicada porque no tienen ningún efecto debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Asimismo, este principio hace referencia que entre dos interpretaciones, se tiene que preferir aquella que implique que la cláusula tenga una aplicación práctica, que sea útil.
- 58.- En virtud de lo dicho, una primera lectura literal de la cláusula 5.11, que es la que el Concedente defiende, podría llevar a interpretar y concluir que, a pesar del cumplimiento tardío en la entrega de los bienes, el Concesionario únicamente podía ejercer su derecho durante el "Primer Año de la Concesión", es decir, sólo hasta el 31 de diciembre de 2011.
- 59.- Si se aplicará esta interpretación al presente caso, considerando que los bienes de la concesión fueron entregados el 10 de octubre de 2011, el plazo para que el Concedente solicite, siguiendo el procedimiento establecido, que el Concesionario asuma su responsabilidad por el mal funcionamiento de los bienes entregados, ya no sería de **5 meses y 21 días**, sino que se reduciría a **2 meses y 21 días**.
- 60.- Vale decir, un incumplimiento del Concedente perjudicaría al Concesionario, quien no tiene responsabilidad en el cumplimiento tardío, y beneficiaría a quien no cumplió con su obligación en la fecha acordada, puesto que existirá menos plazo para requerirle que se responsabilice por los bienes que no son adecuados para el cumplimiento del objeto del contrato (prestación del

buena fe constituye un deber de lealtad que impone preservar la confianza razonable de cada parte en el significado del acuerdo. (...) Por tanto, de acuerdo con la regla de interpretación según la buena fe, el intérprete debe adecuar la interpretación del contrato al significado respecto del cual las partes, en relación a las concretas circunstancias, podían o debían confiar razonablemente. Por tanto, la buena fe prohíbe las interpretaciones sutiles, falsas con alguna apariencia de verdad, en contraste con la causa del contrato o con el espíritu del acuerdo; o bien basadas sobre expresiones literales incluidas por un error material en el texto del contrato o bien basadas en expresiones literales que son parte del texto pero no responden al acuerdo alcanzado." BARCHI VELAOCHOAGA, Luciano. Op. Cit. p 1782.

³³ "(...) Desde antiguo, la regla *magis valeat quam pereat* anuncia que se prefiere a la conservación del negocio, siquiera con efectos restringidos e incluso derivados de voluntad probable, que la nulidad o la ineficacia. Así, el Derecho asume y da por sentado que el agente negocial ha querido declarar su voluntad en el ánimo y con la idea de lograr un efecto práctico que, desde luego, lleva parejos determinados efectos jurídicos." LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op.Cit. p. 1677. "(...) el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretados en el sentido en el cual puedan tener algún efecto antes que en aquel en el cual no tendrían ninguno (interpretación útil). Del mismo modo, el principio de interpretación, justifica excluir la interpretación que conlleve la nulidad del contrato." BARCHI VELAOCHOAGA, Luciano. Op. Cit. 1794. "Según el principio de conservación del contrato (*favor contractus*), cuando la cláusula puede ser interpretada de formas distintas, habrá que elegir aquella que implique un significado útil de la declaración en vez de la interpretación según la cual la declaración no produce ningún efecto jurídico." SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 2064.



servicio de transporte urbano en tren), los que tendrán ser asumidos por quien no incumplió su obligación contractual.

- 61.- Lo señalado evidentemente va en contra de la denominada doctrina de los Actos Propios, que se fundamenta en el principio de buena fe, según la cual *"no es factible –jurídicamente hablando– escudarse en un acto realizado con culpa o dolo para salir beneficiado de una situación controversial"*¹⁴.
- 62.- Por tanto, es evidente que una interpretación como la planteada por el Concedente no es acorde y es, por lo demás, contradictoria con el principio de buena fe, puesto que beneficiaría a quien no honró su compromiso contractual en el plazo acordado, situación que evidentemente significaría avalar un comportamiento oportunista, lo cual afectaría la confianza y la expectativa legítima generada en el Concesionario quien esperaba contar con, por lo menos, un plazo de 5 meses y 21 días para reclamarle a aquel que se responsabilice por el mal funcionamiento del material rodante existente entregado.
- 63.- En este aspecto, resulta correcto lo afirmado por el Concesionario, al sostener que *"tal interpretación no resultaría acorde al sentido de la racionalidad de la previsión contractual ni posible –valga la redundancia– si la interpretación, como corresponde es sistemática e integral, en el marco del contrato"*.
- 64.- Además de lo dicho, una interpretación como la que propone el Concedente, según la cual únicamente podría reclamarse hasta el 31 de diciembre de 2011, sin importar la fecha de la toma de la posesión, teóricamente hubiese podido dejar sin efecto el acuerdo recogido en la cláusula contractual 5.11, puesto que si la entrega de los bienes se hubiese realizado el 31 de diciembre de 2011 o en fecha posterior, el Concesionario no hubiese podido solicitar excepcional y justificadamente al Concedente que se haga responsable por el mal funcionamiento del material rodante existente. En consecuencia, esta interpretación también iría en contra el principio de conservación del acto.
- 65.- En tal sentido, una interpretación sistemática¹⁵ y finalista¹⁶ de la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, acorde con los principios de buena fe y conservación del acto, lleva a concluir que el plazo para que el Concedente asuma la responsabilidad de las posibles fallas que presente el



¹⁴ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *La Invocación de la propia torpeza, la buena fe, los actos propios y la nulidad negocial*, En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 3. Setiembre 2008. p. 87.

¹⁵ Esta interpretación supone entender el contrato como una unidad y comprender que las Cláusulas se interrelacionan entre sí. Se debe considerar que la interpretación de una Cláusula Contractual debe tener en cuenta que esta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforman un todo que debe ser consistente. El intérprete debe en ese sentido preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que da consistencia al todo. *"Según esta regla de interpretación sistemática, las cláusulas del contrato deben ser interpretadas unas por medio de otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del acto comprensivamente considerado. / El significado de las cláusulas no puede ser segmentado, sino debe ser reconducido al conjunto de la intención común de los contratantes."* BARCHI VELA OCHAGA. *Op. Cit.* pp. 1790-1791. *"Respecto de interpretación sistemática, la que se deriva del principio de unidad del contrato (...) Según esta regla, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con el contrato visto en su conjunto, como totalidad, una unidad. Se busca, pues, la coherencia de significado en relación al conjunto del texto contractual, con el objeto de eliminar cualquier contradicción o duda que pudiera presentarse y darle solución de modo que el contrato no pierda su finalidad, considerando para ello el programa contractual integral y descartando la idea de analizar cada cláusula de manera aislada o autónoma, como si de compartimentos estancos se tratase."* JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, Roxana. *"La Interpretación como búsqueda de una verdad"*. En: *Ibidem*. pp.1832-1833.

¹⁶ Este método exige que la interpretación a la que se arribe sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato. Son relevantes preguntas como ¿Cuál es la finalidad de esta disposición contractual? Si se interpreta la Cláusula en cuestión de una forma o en algún sentido, deberá responderse las siguientes preguntas: ¿Permitirá esta interpretación cumplir con la finalidad de la cláusula? ¿Cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato?



material rodante existente, siguiendo previamente el procedimiento establecido en la propia cláusula, se computará durante el primer año de la concesión desde la toma de la posesión, siempre y cuando esta se cumpla en la fecha establecida en la cláusula 15.7 del Contrato de Concesión. En el supuesto que la entrega de los bienes de la concesión se realice en fecha posterior a la máxima establecida, el Concesionario seguirá teniendo 5 meses y 21 días, computados desde la fecha de toma efectiva de posesión, en el que podría ejercer el mencionado derecho ante el Concedente a través del Regulador.

66.- En lo que respecta a la afirmación referente a que se debe realizar una lectura conjunta del numeral 5.18 con los plazos establecidos en el numeral 5.17 del Contrato de Concesión, y en particular, a que se otorgaría un beneficio al Concesionario, en caso el Concedente entregue los Bienes de la Concesión en un plazo menor de (90) noventa días calendario (numerales 5.17 y 5.18); o un perjuicio, en caso el Concedente se demore en la entrega de los Bienes de la Concesión; dicho análisis, bajo ningún supuesto, nos lleva a entender que el plazo otorgado para aplicar el mecanismo excepcional previsto en el numeral 5.11 del Contrato de Concesión es de un (1) año.

67.- Sobre el particular, el numeral 5.17.2 del Contrato de Concesión precisa que "A más tardar a los noventa (90) Días Calendario, a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, el Concedente entregará al Concesionario la totalidad de los Bienes del Concedente (...)". Aplicando una interpretación literal del referido artículo, advertimos que el Concedente tiene una obligación de entregar la totalidad de los Bienes del Concedente, pero además, tiene la opción de poder entregarlo en cualquier día calendario computado desde la Fecha de Suscripción del Contrato y hasta los noventa (90) días calendario inclusive.

68.- En el supuesto negado que el Concedente hubiese hecho entrega de los Bienes del Concedente antes de los noventa (90) días calendario, los efectos de dicha decisión, no permiten interpretar, por motivo alguno, que el plazo otorgado para aplicar el mecanismo excepcional previsto en el numeral 5.11 del Contrato de Concesión es de un (1) año. Cabe precisar que, si se otorga o no un beneficio al Concesionario, tal como éste manifiesta, dicho beneficio ha sido contemplado en el propio Contrato de Concesión, dependiendo exclusivamente de la decisión del Concedente amparada en el contrato¹⁷.

69.- Debemos hacer hincapié que, si la decisión del Concedente hubiese sido hacer entrega de los Bienes de la concesión antes de los noventa (90) días calendario, a partir de dicha entrega hasta el 31 de diciembre de 2011 se hubiese computado el periodo de aplicación de la cláusula 5.11, el mismo que hubiese sido mayor a 5 meses y 21 días, pero por decisión del propio Concedente en ejercicio de la facultad que le otorgaba el Contrato de Concesión de poder realizar la entrega de los bienes de la concesión antes de los 90 días; sin embargo, había un plazo mínimo exigible que se computa desde la toma de la posesión dentro del cual el Concesionario podía realizar observaciones sobre el probable mal funcionamiento del material rodante existente y solicitar, siguiendo el procedimiento, que el Concedente asuma la responsabilidad sobre ello.

70.- En consecuencia, la interpretación propuesta de la cláusula 5.11 según la cual el plazo en cuestión es de 12 meses no tiene ningún sustento jurídico, puesto que, tal como se ha señalado, en un cumplimiento estricto del contrato, el plazo mínimo exigible por el Concesionario fue de 5

¹⁷ En la sesión del uso de la palabra, el Concesionario indica que "El Concedente no toma en cuenta la Toma de Posesión. La Toma de Posesión se realizó el 11 de octubre de 2011, TRES (3) meses después del plazo máximo establecido en el Contrato de Concesión y SEIS (6) meses después de la suscripción del Contrato de Concesión, POR RESPONSABILIDAD DEL CONCEDENTE".



meses y 21 días. Aceptar dicha propuesta sí implicaría una modificación al Contrato de Concesión, situación que no forma parte de los objetivos de la interpretación y es una facultad reservada únicamente a las partes del Contrato.

- 71.- Asimismo, no se podría afirmar que se estaría realizando una interpretación amplia de lo establecido en la cláusula 5.11. Por el contrario, dicha cláusula debería interpretarse restringidamente al tratarse de una situación excepcional. Sobre el particular, es pertinente indicar que con la interpretación indicada se está respetando lo acordado primigeniamente por las partes, que es otorgar un plazo de 5 meses y 21 días para que el Concedente pruebe el material rodante existente que se le entrega y, en caso se verifique su mal funcionamiento, de manera excepcional y justificada, solicite a través del Regulador que el Concedente asuma la responsabilidad de su subsanación.
- 72.- Tampoco podría sostenerse que se está modificando el Contrato de Concesión, ampliando el plazo de la cláusula 5.11 al segundo año de la concesión, puesto que, a través de la interpretación sistemática y finalista, en concordancia con los principios de buena fe y conservación del acto, se ha establecido que las referencias a la "toma de posesión" y "durante el primer año de la Concesión" son situaciones preestablecidas en el propio Contrato de Concesión y de fácil determinación al momento de su suscripción, confiando en que las partes cumplirían con sus obligaciones, que sirven a su vez para establecer cuál es el plazo efectivo mínimo que las partes consideraron pertinente para la realización de las pruebas del material rodante existente, respecto del cual el Concedente asumía la responsabilidad respectiva, cumpliendo y siguiendo claro está con los requisitos y el procedimiento correspondiente. En consecuencia, no se está ampliando ningún plazo, sino que se respeta el número exacto de meses y días que las partes acordaron primigeniamente.
- 73.- Finalmente, también es posible que se sostenga que el plazo que restaba desde el 10 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 era suficiente desde el punto de vista técnico para que el Concedente realice las pruebas y determine si el material rodante existente se encontraba en buen funcionamiento. Sin embargo, al margen que esta circunstancia pueda ser real, lo cierto es que las partes acordaron contractualmente un plazo determinable, el cual no debería ser afectado con el cumplimiento tardío del obligado. Es decir, sin perjuicio de las cuestiones técnicas, debe respetarse el acuerdo de voluntades plasmado en el Contrato de Concesión¹⁸.



VI. CONCLUSIONES

- 74.- La solicitud de interpretación cumple con el requisito de admisibilidad previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.
- 75.- No es materia de evaluación del presente procedimiento de interpretación, la pretensión referida a la determinación de la responsabilidad sobre el material rodante existente contenido en los numerales 5.38 y 6.47 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte de Lima y Callao, Línea 1.



¹⁸ "El derecho a la libre contratación"

Establecido en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público". Resolución Final emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0008-2003-AI/TC.



- 76.- Los Lineamientos del OSITRAN recogen los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Los Contratos de Concesión se interpretan y ejecutan asumiendo que las partes actúan con buena fe.
- 77.- El numeral 5.11 del Contrato de Concesión otorga al Concesionario un mecanismo de subsanación de observaciones del material rodante existente, que puede ejercerse durante un periodo de tiempo, computado a partir de la toma de posesión, habilitándose, de ser el caso, la realización de inversiones adicionales.
- 78.- De una lectura sistemática del Contrato de Concesión, en la cláusula 5.11 se estableció que el plazo mínimo y obligatorio que determinaron las partes durante el cual el Concedente asumía responsabilidad, de manera excepcional y por razones debidamente justificadas, por la idoneidad del material rodante existente, fue el comprendido desde el 10 de julio de 2011 (plazo máximo de entrega de los bienes de la concesión) hasta el 31 de diciembre de 2011 (fecha en la cual culminaba el primer año de la concesión).
- 79.- En tal sentido, el plazo mínimo exigible que tenía el Concesionario para solicitar, a través del respectivo procedimiento, que el Concedente se responsabilice por el mal funcionamiento del material rodante existente entregado, es de 5 meses y 21 días.
- 80.- La toma de posesión de los bienes de la concesión se cumplió el 10 de octubre de 2011, por lo que una interpretación según la cual únicamente hasta el 31 de diciembre de 2011 el Concedente debería asumir responsabilidad por el mal funcionamiento del material rodante existente, implicaría que sólo se cuente con un plazo efectivo de 2 meses y 21 días, situación que no es acorde y es, por demás contradictoria, con el principio de buena fe y la doctrina de los Actos Propios.
- 81.- La interpretación de la cláusula 5.11 acorde con los principios de buena fe y conservación del acto, lleva a concluir que en el supuesto que la entrega de los bienes de la concesión se realice en fecha posterior a la máxima establecida, el Concesionario seguirá teniendo 5 meses y 21 días, computados desde la fecha de toma efectiva de posesión, en el que podría ejercer su derecho y solicitar que el Concedente asuma la responsabilidad de las posibles fallas que presente el material rodante existente, siguiendo previamente el procedimiento establecido en dicha cláusula.
- 82.- La propuesta del Concesionario de interpretar que el mencionado plazo establecido en la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión es de 12 meses, significaría realizar una modificación contractual, situación que no es posible amparar a través de la interpretación, puesto que es una facultad reservada únicamente a las partes del Contrato.
- 83.- No se está realizando una interpretación extensiva ni modificando el Contrato de Concesión, puesto que se respeta el plazo determinable establecido en la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, que es de 5 meses y 21 días.
- 84.- Al margen de las cuestiones técnicas, debe respetarse el acuerdo de voluntades plasmado en el Contrato de Concesión.




VII. RECOMENDACIÓN

85.- Interpretar la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte de Lima y Callao, Línea 1, atendiendo a los argumentos y conclusiones expuestos en el presente informe.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión (e)


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal


CARLOS ANIBAL MALCA MAUROLAGOITIA
Asesor Legal I

REG.SAL.GRE-GS-GAL-13975

HR: 28925-2011

2811-2012

Ref. Informe 016-GRE-GS-GAL: Reg. Sal. 13903

Memorando Múltiple N° 003-12-SCD-OSITRAN: Reg.Sal. 27283