



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DE DIRECTIVO

Nº037-2018-CD-OSITRAN

Lima, 05 de diciembre de 2018

VISTOS:

Las solicitudes de interpretación formuladas por el Concedente a través de los Oficios N°s 340-2018-MTC/25 y 3553-2018-MTC/25, así como el Informe Conjunto N° 026-2018-IC- OSITRAN (GAJ-GSF), de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 27 de setiembre de 2010, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC" o "el Concedente") y la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A.C. (en adelante, "DEVIANDES" o "el Concesionario"), suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco (en adelante, "el Contrato de Concesión").

Que, mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25 de fecha 06 de agosto de 2018, el Concedente presentó una solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a efectos que el Consejo Directivo determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje debido a eventos de fuerza mayor, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro del peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha Cláusula.

Que, mediante Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo aclare y/o precise el mecanismo o forma de pago establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje debido a causas de fuerza mayor, a través de la Declaración de la Suspensión del Plazo de la Concesión.

Que, mediante Oficios N°009-18-GAJ-OSITRAN y N° 010-18-GAJ-OSITRAN, con fechas 15 y 16 de agosto de 2018, respectivamente, el Regulador remitió al Concesionario las solicitudes de interpretación presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25, y N° 3553-2018-MTC/25, a efectos que pueda emitir ante OSITRAN la opinión que estime pertinente.

Que, mediante Cartas N° 2018-10-0789 y N° 2018-10-0797, con fechas 22 y 23 de agosto de 2018, respectivamente, el Concesionario remitió al Regulador su posición con respecto a las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión formuladas por el Concedente.

Que, con fecha 30 de octubre de 2018, DEVIANDES y el MTC, respectivamente, hicieron uso de la palabra ante el Consejo Directivo sustentando sus argumentos sobre las solicitudes de interpretación planteadas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante Oficio N° 5142-2018-MTC/25, con fecha 21 de noviembre de 2018, el Concedente remitió al Regulador el Informe N° 1865-2018-MTC/25, con información complementaria relacionada a sus solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión.

Que, luego de evaluar y revisar los argumentos expuestos por las Partes, así como el Informe de Vistos de las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y Asesoría Jurídica de OSITRAN, este Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo incorpora como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6° del TUO de la LPAG.

Por lo expuesto, y en ejercicio de la atribución y funciones establecidas en el literal e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, y el artículo 29° del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N°655-2018-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Disponer la ACUMULACIÓN de las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro, presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25 y N° 3553-2018-MTC/25.

Artículo 2º.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 formulada por el Concedente a través del Oficio N° 340-2018-MTC/25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.

Artículo 3º.- INTERPRETAR únicamente el alcance del último párrafo de la Cláusula 9.1 solicitada, a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, por el Concedente con el objeto de que se precise el mecanismo de compensación de los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje que no entre en explotación, originado por un evento de fuerza mayor, en los términos siguientes:

“El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.”

Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables”

Artículo 4º.-EXHORTAR al Concedente a realizar las acciones que resulten necesarias para que el Concesionario pueda cumplir con su obligación de explotar la unidad de peaje de Ticlio; ejerciendo entre otros -de estimarlo pertinente- su facultad de modificar la ubicación de esta, conforme a los términos establecidos en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, con el fin de mitigar los perjuicios económicos al Estado y al Concesionario derivados de la imposibilidad de explotación de dicha unidad de peaje, en su ubicación actual.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 5°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 026-2018-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de representante del Concedente, así como a la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial de los Andes DEVIANDES A.C.

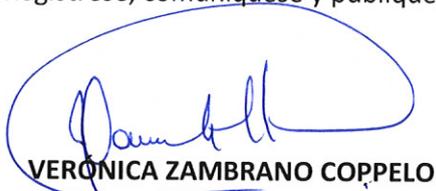


Artículo 6°.- Publicar la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

Artículo 7°.- Difundir la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 026-2018-IC- OSITRAN (GAJ-GSF) en el Portal institucional (www.ositran.gob.pe).



Regístrese, comuníquese y publíquese


VERÓNICA ZAMBRANO COPPELO
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. CD N°45934-18

INFORME CONJUNTO N° 026-2018-IC-OSITRAN

(GAJ-GSF)



Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **FREDY SAN ROMÁN LUNA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JORGE ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)



Asunto : Solicitudes de Interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya – Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco

Referencias : a) Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018 (HT 19900)
b) Oficio N° 2346-2018-MTC/25 de fecha 29 de mayo de 2018 (HT 13580)

Fecha : 29 de noviembre de 2018



I. OBJETO

1. Emitir opinión sobre las solicitudes de interpretación presentadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en su calidad de representante del Estado Peruano, respecto de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma – La Oroya – Huancayo y La Oroya – Dv. Cerro de Pasco.



II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 27 de setiembre de 2010, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC" o "el Concedente") y la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A.C. (en adelante, "DEVIANDES" o "el Concesionario"), suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco (en adelante, "el Contrato de Concesión").

3. Mediante Oficio N° 1419-2018-GSF-OSITRAN, recibido el 15 de febrero de 2018, OSITRAN notificó al Concesionario y al Concedente la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00008-2018-GSF-OSITRAN de fecha 15 de febrero de 2018, con la cual se declaró que los eventos señalados por DEVIANDES corresponden ser calificados como eventos o hechos de fuerza mayor, en el marco del Capítulo XVII del Contrato de Concesión.

4. Mediante Oficio N° 1640-2018-GSF-OSITRAN, recibido el 26 de febrero de 2018, en atención a la solicitud de precisiones efectuadas por el Concedente con Oficio N° 784-2018-MTC/25, OSITRAN remitió la Nota N° 0238-2017[2018]-JCRV-GSF-OSITRAN con la cual se precisó el plazo de suspensión y las obligaciones suspendidas referidas a: i) operar la Unidad de Peaje



Ticlio; ii) cobrar la tarifa a todo vehículo que transite por la Unidad de Peaje Ticlio; iii) cumplir los niveles de servicio previstos en la Sección 3 del Anexo I, así como el Anexo 8 del Contrato de Concesión.

5. Mediante Carta 2018-10-0388, recibida por OSITRAN el 18 de abril de 2018, el Concesionario solicitó la prórroga del plazo de suspensión de las obligaciones contractuales referidas a la entrada en operación y cobro de la Tarifa en la nueva Unidad de Peaje Ticlio.
6. Mediante Oficio N° 01782-2018-MTC/25, recibido por OSITRAN el 24 de abril de 2018, el Concedente remitió su opinión sobre la prórroga de noventa (90) días de la suspensión de las obligaciones de operación y cobro de la Tarifa en la Unidad de Peaje Ticlio, solicitada por el Concesionario; documento que fue remitido nuevamente mediante Oficio N° 2155-2018-MTC/25 recibido con fecha 15 de mayo de 2018.
7. Mediante Oficio N° 1784-2018-MTC/25, recibido por el OSITRAN el 24 de abril de 2018, el Concedente solicitó al Regulador opinión con respecto a la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, específicamente, con relación a si la compensación del Concedente a favor del Concesionario, por los montos dejados de recaudar, se efectuaría a partir de la fecha que inició la suspensión de la obligación de cobro o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses indicado en la citada cláusula.
8. Mediante Oficio N° 3920-2018-GSF-OSITRAN, recibido el 7 de mayo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió al Concedente el Informe N° 1655-2018-JCRV-GSF-OSITRAN de fecha 04 de mayo de 2018, a través del cual indicó que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario por los días transcurridos superados los seis (6) meses de imposibilidad de explotar las unidades de peaje debido a la referida resistencia social.
9. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00037-2018-GSF-OSITRAN de fecha 18 de mayo de 2018, se declaró procedente la solicitud de prórroga de la suspensión de obligaciones declarada mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 00008-2018-GSF-OSITRAN, por un plazo adicional de noventa (90) días calendarios desde el 21 de mayo de 2018 al 19 de agosto de 2018.
10. Mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25 de fecha 06 de agosto de 2018, el Concedente presentó una solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a efectos que el Consejo Directivo determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejados de recaudar en una Unidad de Peaje debido a eventos de fuerza mayor, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro del Peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha cláusula.
11. Mediante Oficio N° 3553-2018-MTC/25 de fecha 13 de agosto de 2018, el Concedente presentó al Regulador una solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, a fin de que el Consejo Directivo aclare y/o precise el mecanismo de compensación establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una Unidad de Peaje no instalada por causa de un evento de fuerza mayor.

12. Mediante Oficio N°009-18-GAJ-OSITRAN, con fecha 15 de agosto de 2018, el Regulador remitió al Concesionario copia de la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, presentada por el Concedente a través del Oficio N° 3450-2018-MTC/25, a efectos que pueda emitir ante OSITRAN la opinión que estime pertinente. Del mismo modo, mediante Oficio N° 010-18-GAJ-OSITRAN, con fecha 16 de agosto de 2018, el Regulador remitió al Concesionario copia de la solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, presentada por el Concedente a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, a efectos que pueda emitir ante OSITRAN la opinión que estime pertinente.
13. Mediante Carta N° 2018-10-0731, recibida por OSITRAN el 17 de agosto de 2018, DEVIANDES solicitó al Regulador una nueva prórroga del plazo de suspensión de las obligaciones contractuales referidas a la entrada en operación y cobro de la Tarifa en la nueva Unidad de Peaje Ticlio.
14. Mediante Oficio N° 3717-2018-MTC/25, recibido por OSITRAN el 21 de agosto de 2018, el Concedente remitió su opinión sobre la prórroga de suspensión temporal de obligaciones contractuales vinculadas a la entrada en operación y cobro de la Tarifa en la nueva Unidad de Peaje Ticlio, solicitada por el Concesionario.
15. Mediante Carta N° 2018-10-0789, con fecha 22 de agosto de 2018, el Concesionario remitió al Regulador su posición con respecto a la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión formulada por el Concedente mediante el Oficio N° 3450-2018-MTC/25. Igualmente, mediante Carta N° 2018-10-0797, con fecha 23 de agosto de 2018, el Concesionario remitió al Regulador su posición con respecto a la solicitud de interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión formulada por el Concedente mediante el Oficio N° 3553-2018-MTC/25.
16. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00078-2018-GSF-OSITRAN de fecha 11 de setiembre de 2018, se declaró procedente la solicitud de prórroga de la suspensión de obligaciones por un plazo adicional de noventa (90) días calendarios desde el 20 de agosto al 17 de noviembre de 2018.
17. Con fecha 30 de octubre de 2018, DEVIANDES y el MTC, respectivamente, hicieron uso de la palabra ante el Consejo Directivo sustentando sus argumentos sobre las solicitudes de interpretación planteadas.
18. Con fecha 22 de noviembre de 2018, mediante Oficio N° 5130-2018-MTC/25, el Concedente remitió el Informe N° 1774-2018-MTC/25, con información complementaria respecto de su solicitud de interpretación de las cláusulas 9.1, 17.2, y 4.2 del Contrato de Concesión.



III. ANÁLISIS

19. El presente informe técnico-legal abordará y evaluará los siguientes puntos:

- A. Marco jurídico.
- B. De lo establecido en el Contrato de Concesión sobre Emergencia Vial.
- C. De la Solicitud de Interpretación presentada por el Concesionario.



- D. La postura del Concesionario
- E. Evaluación del Regulador

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

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

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

21. El Artículo 7º de la Ley Nº 26917, Ley de Creación de OSITRAN establece que es función de OSITRAN el interpretar los contratos de concesión:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)”

22. En ese marco, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN¹ (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN² (ROF), aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 012-2015-PCM, establecen que corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura.

23. Del mismo modo, el segundo párrafo del artículo 29 del REGO prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión,

¹ Reglamento General de OSITRAN

Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley Nº 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.

² Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao;

haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de la licitación y las circulares. En ese orden, se interpreta un contrato de concesión ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar su sentido, para hacer posible su aplicación.

24. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación:

“Artículo 168.- Interpretación objetiva

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

Artículo 169.- Interpretación sistemática

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

Artículo 170.- Interpretación integral

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

25. Sobre el particular, mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los *Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión* (Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos “... tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión...”



26. De esta manera, en el ítem 6.1 de los Lineamientos se establece que:

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



27. En virtud de ello, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil.

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

Artículo 1362.- Buena Fe

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

Lo cual implica que, en concordancia con lo establecido por el Art. 168º del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe



29. Por otra parte, las Cláusulas 18.3 a 18.9 del Contrato de Concesión establecen los siguientes criterios para resolver divergencias de las Partes en la interpretación del Contrato:

"CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

18.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- a) El Contrato y sus modificatorias;
- b) Circulares a que se hace referencia en las Bases; y
- c) Las Bases.

18.4 El Contrato se suscribe únicamente en idioma castellano. De existir cualquier diferencia entre cualquier traducción del Contrato y éste, prevalecerá el texto del Contrato en castellano. Las traducciones de este Contrato no se considerarán para efectos de su interpretación.

Los términos "Anexo", "Apéndice", "Cláusula", "Capítulo", "Numeral" y "Literal" se entienden referidos al presente Contrato de Concesión, salvo que del contexto se deduzca inequívocamente y sin lugar a dudas que se refieren a otro documento.

18.5 Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda. Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.

18.6 Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.

18.7 El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.

18.8 El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.

18.9 Todas aquellas tarifas, ingresos, costos, gastos y similares a que tenga derecho el CONCESIONARIO por la prestación de los Servicios deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a los términos del Contrato."



30. Conforme a lo señalado por GUTIÉRREZ³, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

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

³ GUTIERREZ CAMACHO, Walter: "Interpretación del Acto Jurídico", EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.



31. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, deben tenerse en consideración los criterios establecidos en las cláusulas 18.3 a 18.9 del Contrato de Concesión, en tanto resulten aplicables.
32. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

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

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

33. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión, asignada a OSITRAN, queda claro que:
 - i) Conforme a lo establecido por el Artículo 62º de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
 - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168º a 170º), como en el Contrato de Concesión (Cláusulas 18.3 a 18.9).
 - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - iv) Conforme a lo dispuesto por los Artículos 168º y 1362º del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.

34. En virtud de lo expuesto, a continuación procederemos a presentar las cláusulas materia de las solicitudes de interpretación por parte del Concedente.

B. DE LO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

"EL PEAJE Y LA TARIFA

9.1. El cobro de la Tarifa se efectuará a través de las unidades de peaje las cuales comenzarán a ser explotadas por el CONCESIONARIO en las fechas indicadas en la Cláusula 9.4. El número y ubicación de las unidades de peaje consideradas en el Proyecto se presenta en los Cuadros N° 9-1 y siguientes.

Cuadro N° 9-1: Unidades de Peaje existentes

DENOMINACIÓN	RUTA	TRAMO	Ubicación
Corcona	PE - 022	Puente Ricardo Palma-La Oroya	Km 048 + 500
Quiulla	PE - 035	La Oroya - Huancayo	Km 018 + 900



Casacara	PE – 03N	La Oroya – Dv Cerro de Pasco	Km 010 + 500
----------	----------	------------------------------	--------------

A la Fecha de inicio de la Explotación le serán entregadas al CONCESIONARIO las unidades de peaje existentes, para que éste las explote en los términos indicados en las Cláusulas siguientes.

Cuadro N° 9-2: Unidad de Peaje

DENOMINACIÓN	RUTA	TRAMO	Ubicación
Ticlio	PE - 022	Puente Ricardo Palma – La Oroya	Km 123 + 500 (aprox)

Esta Nueva Unidad de Peaje entrará en operación una vez que las Obras a cargo del CONCESIONARIO, detalladas en el Apéndice 6 del Anexo XII del Contrato de Concesión hayan sido concluidas y recepcionadas por el CONCEDENTE.

La ubicación exacta será coordinada con el CONCEDENTE.

Cuadro N° 9-3: Unidades de Peaje por reubicar

DENOMINACIÓN	RUTA	TRAMO	Ubicación
Quiulla	PE – 03s	La Oroya - Huancayo	Km 55 (aprox)
Casacara	PE – 03N	La Oroya – Dv Cerro de Pasco	Km 21 (aprox)

La reubicación de las Unidades de peaje indicadas se realizará una vez que todas las Obras a cargo del CONCESIONARIO hayan sido concluidas y recepcionadas por el CONCEDENTE. La ubicación exacta será coordinada con el CONCEDENTE.



Posteriormente, el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE podrán llegar a un acuerdo para modificar la ubicación de las unidades de peaje, para cuyo efecto el CONCESIONARIO deberá requerir la opinión previa del REGULADOR a la aprobación del CONCEDENTE, en cuyo caso el proponente de la modificación asumirá los costos necesarios.



En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un exento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del CONCEDENTE, éste procederá a restablecer el orden social con el objetivo de permitir al CONCESIONARIO el cumplimiento de la obligación indicada.

El CONCEDENTE deberá agotar esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda cumplir con la obligación antes mencionada y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO.

“PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN



17.2 A excepción de la causal mencionada en el Literal b) de la Cláusula 17.1, si una de las Partes no puede cumplir las obligaciones que se le imponen por el presente Contrato, debido a alguno de los eventos señalados en dicha Cláusula, tal Parte notificará a la otra Parte y al REGULADOR, por escrito, dentro de los siete (7) Días de producido el evento, dando las razones del incumplimiento, detalles de tal evento, la obligación o condición afectada, el periodo estimado de restricción total o parcial de sus actividades y el grado de impacto previsto. Adicionalmente, la Parte que se vea afectada por el evento deberá mantener a la otra Parte informada del desarrollo del mismo.

La Parte que haya recibido la comunicación deberá comunicar a la otra Parte y al REGULADOR su opinión sobre la referida solicitud en un plazo no superior a los quince (15) Días, contados desde la fecha de comunicación de la circunstancia por la cual se invocó la suspensión temporal de las obligaciones. Corresponderá al REGULADOR declarar la suspensión de la Concesión, de conformidad con las Normas Regulatorias. Las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, así como el Plazo de la Concesión quedarán automáticamente suspendidos desde la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito y mientras dure dicho evento.

Cualquier disputa entre las Partes con relación a la suspensión, existencia o duración de un evento de fuerza mayor, se podrá someter al arbitraje establecido en el Capítulo XVIII del presente Contrato.”

“SUSPENSIÓN DEL PLAZO

4.2. El plazo de la Concesión será suspendido en el supuesto contemplado en el Capítulo XVII del Contrato, en la medida que los efectos de los eventos que generen la suspensión, sean de tal magnitud que impidan el cumplimiento de parte de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO.”

C. DE LAS SOLICITUDES DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEDENTE

35. De acuerdo a lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 036-2005-PCM, las solicitudes de interpretación de los Contratos de Concesión deben presentarse por escrito dirigidas al Presidente del Consejo Directivo, conteniendo la exposición de los hechos y la fundamentación técnica de ser el caso, además de cumplir con los requisitos indicados en el artículo 122 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO LPAG).
36. Sobre el particular, tal como se ha indicado, mediante Oficios N° 3450 y 3553-2018-MTC/25, de fechas 06 y 13 de agosto de 2018, el Concedente solicitó a la Presidencia del Consejo

⁴ “Artículo 122.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

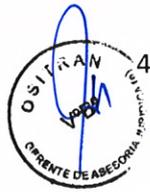
1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados”.

Directivo de OSITRAN, la interpretación de la Cláusula 9.1, y las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, respectivamente.

37. Del mismo modo, resulta pertinente tener presente que la acumulación de procedimientos prevista en el artículo 158° de TUO de la LPAG⁵ tiene como finalidad simplificar, y otorgar celeridad y eficacia a los procedimientos administrativos, tramitando en un solo expediente casos que tengan conexión entre sí, a efectos que la administración emita un solo pronunciamiento, evitando repetir actuaciones, como notificaciones o actuaciones de prueba, así como resoluciones contradictorias. Para que proceda la acumulación debe existir conexión entre los asuntos, compatibilidad entre las pretensiones, y mismo tipo de procedimiento.
38. Por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 158° del TUO LPAG, corresponde acumular las solicitudes de interpretación presentadas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450 y 3553-2018-MTC/25, habida cuenta que guardan conexión entre sí; destacándose que, versan sobre la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.

C.1 De la Cláusula 9.1 (Oficio N° 3450-2018-MTC/25)

39. Como quedó señalado en los antecedentes, con fecha 06 de agosto de 2018, mediante Oficio N° 3450-2018-MTC/25, el Concedente presentó una solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, a efectos que el Consejo Directivo de OSITRAN determine si la compensación del Concedente a favor del Concesionario por los montos dejados de recaudar, se efectúa a partir de la fecha en que se inició la suspensión de la obligación de cobro del Peaje, o una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses previsto en dicha Cláusula. Es decir, si los seis (6) primeros meses no se contabilizan en la compensación.
40. En su solicitud de interpretación e informe oral ante el Consejo Directivo, el Concedente menciona que, en atención a una consulta que formuló al OSITRAN sobre lo indicado en el párrafo precedente, a través del Oficio N° 3320-2018-GSF-OSITRAN, comunicado al Concedente el 07 de mayo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización opinó que, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la Cláusula 9.1, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario por los días transcurridos superados los seis (6) meses de imposibilidad de explotar las unidades de peaje debido a la resistencia social.



41. Pese a ello, según expone el Concedente, mediante Cartas N° 2018-10-0681 y 2018-10-608 de fechas 16 de julio y 15 de junio de 2018, respectivamente, el Concesionario le informó los montos dejados de recaudar en la Unidad de Peaje Ticlio durante el periodo comprendido entre los meses de febrero y julio de 2018. Por tal motivo, afirma que --dado que su lectura sobre dicho extremo del Contrato de Concesión es distinta a la del Concesionario-- resulta necesario una aclaración y/o precisión del Consejo Directivo de OSITRAN respecto de lo regulado en el último párrafo de la Cláusula 9.1.



5 Al respecto, el artículo 158° del TUO LPAG, establece:

"Artículo 158.- Acumulación de procedimientos La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión."



42. Asimismo, a través del Informe N° 1774-2018-MTC/25, remitido mediante Oficio N° 5130-2018-MTC/25, de modo complementario, el Concedente señala que el diseño del Contrato de Concesión, asignó al Concesionario el riesgo de asumir las contingencias por el evento de fuerza mayor por resistencia social a la implementación y cobro de un peaje durante el periodo de los seis (6) primeros meses, y al Concedente el riesgo de asumir los montos dejados de recaudar por dicho evento a partir del día siguiente de transcurrido el plazo señalado de seis (6) meses.

C.2 De las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 (Oficio N° 3553-2018-MTC/25)

43. La solicitud de interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, contenida en el Oficio N° 3553-2018-MTC/25, tiene como finalidad que el Regulador aclare y/o precise el mecanismo de compensación establecido en el Contrato de Concesión, por los montos dejados de recaudar en una Unidad de Peaje no instalada por causa de un evento de fuerza mayor.
44. Sobre el particular, en su solicitud e informe oral, el Concedente manifiesta que, bajo la postura adoptada por el Concesionario, la Cláusula 9.1 regula y/o establece que el mecanismo para la compensación del Concedente al Concesionario por los montos dejados de recaudar por el cobro del Peaje en la Unidad de Peaje Ticlio es el pago en efectivo; situación que el Concedente no comparte.
45. En opinión del Concedente, la Cláusula 9.1 regula únicamente la obligación de éste de asumir los montos que el Concesionario se vea imposibilitado de recaudar, lo cual, a su vez, constituye un derecho de este último a ser compensado. En esa línea, manifiesta que el único mecanismo y/o modalidad de compensación se encuentra regulado en las Cláusulas 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, esto es, a través de la suspensión del plazo de la Concesión que -según afirma- debe ser declarado por OSITRAN.

46. Igualmente, de modo complementario, en el Informe N° 1774-2018-MTC/25, el Concedente indica que la Suspensión del Plazo de la Concesión económica y financieramente se configura como un mecanismo de reconocimiento, toda vez que, tiene dos implicancias; primero, la Parte afectada no incurre temporalmente en determinados costos asociados a las obligaciones suspendidas, y segundo la suspensión del plazo de la Concesión conlleva a continuar generando ingresos y beneficios por un horizonte de tiempo mayor al plazo de la Concesión.

D. LA POSTURA DEL CONCESIONARIO

D.1 Sobre la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 (Oficio N° 3450-2018-MTC/25)

47. Con relación a este punto, el Concesionario en su escrito e informe oral sostiene que el riesgo por la falta de operación de la unidad de peaje por actos de protesta social deberá ser asumido por el Concedente debido a la naturaleza autofinanciada de la Concesión y la aplicación sistemática de las cláusulas 8.1, 9.2, 9.3, y 10.1. Del mismo modo, señala que el derecho a la explotación de la Concesión, que es otorgado a DEVIANDES, se concreta con el efectivo cobro de peaje a cada vehículo que transite por sus unidades de peaje; por lo que resulta medular y principal que el Concesionario efectivamente pueda percibir esos ingresos,

que son los únicos que puede percibir y los que le permitirán cubrir su inversión y demás costos.

48. Asimismo, DEVIANDES afirma que ha cumplido con ejecutar las obras exigidas por el Contrato de Concesión, lo que le habría dado un mayor valor a la carretera de titularidad pública, por lo que correspondería que reciba la contraprestación correspondiente, consistente en los montos a recaudar por la efectiva operación de la unidad de peaje de Ticlio.
49. En esa línea, sostiene que cuando la Cláusula 9.1 señala que “... el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO...”, “indudable e inequívocamente” está disponiendo que el Concedente pague a su favor una suma igual a la que hubiera recaudado de haber podido operar la unidad de peaje en Ticlio; y que el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, al que denomina “Primera Interpretación de OSITRAN”⁶, resulta “manifiestamente indebida” por tratarse de actos de órganos que no cuentan con la competencia legal para realizar la interpretación de los alcances del Contrato de Concesión.

D.2 Sobre la solicitud interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 (Oficio N° 3553-2018-MTC/25)

50. Con relación a este pedido de interpretación, en su escrito de absolución el Concesionario manifiesta que, el Concedente ha introducido la figura de la “compensación” que no aparece en ninguna de las cláusulas materia de interpretación, sobre la cual ha construido su argumentación respecto al modo de “asumir los montos que deje de recaudar el Concesionario”.
51. Asimismo, sostiene que el objetivo del segundo pedido de interpretación del Concedente es que OSITRAN le indique con qué se atiende el derecho que le otorga al Concesionario el último párrafo de la Cláusula 9.1., por lo que cuestiona “¿qué relación tiene el referido derecho de DEVIANDES con las obligaciones a nuestro cargo que han sido suspendidas por el evento de fuerza mayor y que son las reguladas en las Cláusulas 17.2 y 4.2?”, haciendo referencia a las cláusulas invocadas por el Concedente. Así, sostiene que “esa suspensión de obligaciones (o cualquier otra) no puede generar que demos por satisfecho y cumplido el derecho de DEVIANDES a que el Concedente asuma los montos que dejó de percibir en la unidad de peaje en Ticlio”.
52. De igual manera, señala que si la pretensión del Concedente es otorgarle al Concesionario mayor plazo de Concesión, término en el que recibiría los ingresos por la recaudación de peaje que “compensarían” su derecho, dicho planteamiento – afirma – carecería de sustento, pues “no es posible confundir lo que implica una suspensión del plazo de la Concesión, que no supone una mayor extensión de la misma y que, por ende, no otorgaría mayor derecho alguna a favor del Concesionario, quien mantendría el mismo plazo de Concesión. Desde esta perspectiva, es inaudito pretender pagar una deuda a favor del Concesionario “otorgándole” el mismo plazo del Contrato al que ya tiene derecho”.

⁶ Alude al Informe N° 1655-2018-JCRV-GSF-OSITRAN mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización opina, en respuesta a la solicitud cursada por el Concedente mediante Oficio N° 1784-2018-MTC/25, en relación a la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.

53. En esa línea, el Concesionario reitera lo expresado al absolver el primer pedido de interpretación del Concedente, en el sentido que, de la aplicación sistemática de lo previsto en las Cláusulas 10.1 y 8.1 del Contrato de Concesión, para determinar “cuáles son los montos dejados de recaudar” únicamente hace falta aplicar en forma sistemática lo previsto en la Cláusula 9.1 con el resto de las cláusulas contenidas en el Capítulo IX, y que, a partir de ello, únicamente puede concluirse que:

“a) El Concesionario está obligado a cobrar la Tarifa al Usuario de cada vehículo que pase en este caso en la unidad de peaje de Ticlio.

b) Debe cobrar la Tarifa que resulte aplicable en función de la categoría de vehículo.

c) Como cobra por derecho de paso, debe cobrar a todo el que pase por la unidad de peaje de Ticlio, salvo que se encuentre en la lista de vehículos exentos de pago.

d) La Tarifa se cobra en soles y tiene los ajustes previstos en el Contrato de Concesión”

54. En función a lo anterior, el Concesionario sostiene que los “montos dejados de percibir indudable e incuestionablemente” son la suma de dinero (tarifa por vehículo) que, evidentemente hubiera sido cobrada por el Concesionario de no haberse presentado la oposición social. Añade que la obligación del Concedente de asumir lo dejado de recaudar y el derecho de DEVIANDES a ese pago que debe realizar el Concedente, constituyen una obligación de pago de dinero de la que DEVIANDES es el Acreedor y el Concedente es el Deudor.

55. Por ende, afirma que el Concedente debe una suma de dinero y eso es lo que debe pagar sin que la citada Cláusula 9.1 prevea o regule que dicha obligación sea compensada con la Declaración de Suspensión de la Concesión que señala el Concedente; remarcando que en el presente caso no procede aplicar la figura de la compensación, toda vez que no se cumplen las condiciones previstas en el artículo 1288° del Código Civil. Al respecto, señala, entre otros, que no es deudor del Concedente toda vez que sus obligaciones se encuentran suspendidas. En esa línea, sostiene que la compensación que plantea el Concedente (extensión del Plazo de la Concesión), únicamente sería posible en la medida que sea aceptada por ambas Partes, conforme a lo previsto en el artículo 1289° del referido cuerpo normativo.

56. Del mismo modo, cabe anotar que, en el informe oral presentado ante el Consejo Directivo, el Concesionario ha reafirmado y sustentado los argumentos de su postura en el sentido antes señalado.

E. EVALUACIÓN DEL REGULADOR

E.1. De la interpretación de la Cláusula 9.1 respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario

57. Para abordar este punto, es preciso remitirnos a los siguientes párrafos de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión:

“En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un exento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la

ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del CONCEDENTE, éste procederá a restablecer el orden social con el objetivo de permitir al CONCESIONARIO el cumplimiento de la obligación indicada.

El CONCEDENTE deberá agotar esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda cumplir con la obligación antes mencionada y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el CONCEDENTE asumirá los montos que **deje de recaudar el CONCESIONARIO**.

[El subrayado y resaltado son nuestros]

58. De la referida estipulación contractual, se advierte que, para que sea considerada como un evento de fuerza mayor conforme al literal a) de la Cláusula 17.1⁷, el alcance de la imposibilidad de explotación debido a actos de protesta social, comprende el funcionamiento de las unidades de peaje de la Concesión, esto es, las unidades de peaje Corcona, Quiulla, Casaracra (existentes), y Ticlio (nueva). Al respecto, tal como lo hemos indicado en los antecedentes del presente Informe, la obligación por parte del Concesionario de explotar (operar y cobrar) la unidad de peaje de Ticlio se encuentra suspendida.
59. De acuerdo con las citadas disposiciones de la Cláusula 9.1:
- (i) El Concesionario tiene la obligación de operar la unidad de peaje y de cobrar el peaje (tarifa) correspondiente.
 - (ii) El Contrato de Concesión contempla la posibilidad de que el Concesionario no explote las unidades de peaje, en caso se presenten actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas.
 - (iii) En dicho supuesto, el Concedente tiene la obligación de restablecer el orden social, con el objeto de permitir que el Concesionario explote la unidad de peaje.
 - (iv) El Concedente tiene la potestad de modificar la ubicación de la unidad de peaje, a su costo.
 - (v) En caso persista la resistencia social que impide el cumplimiento de la obligación de explotar la unidad de Peaje por más de 6 meses, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.
60. Como puede observarse:
- a) Los párrafos citados regulan el riesgo de explotación de la unidad de peaje (operación de la unidad de peaje y cobro del peaje).
 - b) Ningún extremo de la Cláusula establece que el referido riesgo de explotación corresponde íntegramente al Concedente. La Cláusula no dispone que, en caso persista la resistencia social por más de 6 meses, el Concedente asumirá los montos que “dejó” o “ha dejado” de recaudar el Concesionario desde el inicio de los eventos,



⁷ Contrato de Concesión:

“17.1 El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en este Contrato, no será considerada como causa imputable de incumplimiento a alguna de ellas durante el tiempo y en la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales e impida la ejecución de las Obras o la prestación del Servicio:

- a) *Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. (...)*”



así como tampoco determina el cumplimiento de la referida obligación, en caso dicha resistencia sea menor al plazo de 6 meses.

- c) Por el contrario, si antes de cumplidos los 6 meses de suspensión del cobro del peaje desaparecen las causas que motivaron dicha suspensión, es el Concesionario quien asume el mencionado riesgo de operación pues el Contrato de Concesión no establece compensación alguna por parte del Concedente.
- d) De otro lado, luego de transcurridos 6 meses de suspensión del cobro del peaje, el Contrato de Concesión establece que “... **el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO**”, con lo que claramente se indica que **el Concedente asumirá el riesgo de explotación, recién a partir de cumplidos los mencionados 6 meses y no antes**⁸.

En virtud de lo expuesto, no se advierte en modo alguno duda u oscuridad respecto de los mencionados párrafos de la cláusula 9.1.

61. En este punto cabe precisar que:

- (i) Las Cláusulas 8.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5 y 10.1, que menciona el Concesionario como sustento de su postura, no establecen directa ni indirectamente que el Concedente asumirá los montos que dejó de recaudar el Concesionario desde el inicio de los eventos de resistencia social, menos aún que se gatillará el cumplimiento de la

⁸ Al respecto, de manera complementaria, podemos mencionar que:

- (i) En el Informe N° 02, “Análisis y Asignación de Riesgos Actualizado. Concesión del Tramo 2 de la Carretera IIRSA Centro”, de mayo de 2010 (*), se indica en su página 19 lo siguiente:

*“En el cuarto año de la concesión se tiene prevista la implementación de una caseta de peaje adicional, así como la reubicación de las tres casetas originales. La entrada de esta nueva caseta podría originar las protestas de la población, que podría incluso atentar contra la infraestructura de esta nueva caseta, e incluso de las ya existentes, ocasionando la interrupción del servicio y la recaudación en la concesión. En este caso, **el riesgo es compartido entre el Concesionario y el Concedente**. En los primeros seis meses, el lucro cesante es asumido por el Concesionario (no recibe compensación alguna del Concedente) y posteriormente a este plazo el lucro cesante debe ser compensado por el Concedente al Concesionario.”*

[El subrayado y el resaltado son nuestros]

- (ii) La Contraloría General de la República (CGR), a través de la Subgerencia de Control de Asociaciones Público Privadas y Obras por Impuestos, mediante Informe de Acción Simultánea N° 885-2018-CG/APP-AS (**), efectuada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del Contrato de Concesión materia de análisis, periodo 3 al 23 de julio de 2018, señaló lo siguiente:

“... de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión se desprende lo siguiente:

(...)

*ii. El Concedente restablecerá el orden social a fin de que el Concesionario pueda cumplir con la obligación de explotar la unidad de peaje. **El Concedente cuenta hasta con seis (6) meses para agotar esfuerzos a fin que el Concesionario pueda cumplir su obligación, periodo durante el cual no asumirá ningún costo.***

iii. Una vez transcurrido el periodo de seis (6) meses desde ocurrida la protesta y en caso no se haya establecido el orden social, el Concedente deberá asumir los montos que el Concesionario deje de recaudar.”

[El subrayado y el resaltado son nuestros]

Como puede observarse, para la CGR también ha resultado claro e inequívoco el contenido de lo dispuesto en la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.

(*) Que obra a folios 305 en adelante del libro blanco.

(**) Páginas 12 y 13 del Informe de Acción Simultánea.

referida obligación contenida en el último párrafo de la Cláusula 9.1, en caso la resistencia social sea menor al plazo de seis (6) meses.

El derecho de explotación del peaje por parte del Concesionario, así como la naturaleza autofinanciada de la Concesión, contrarían la posibilidad de que el Concedente tenga asignado el riesgo de explotación del peaje en su totalidad, como lo desliza el Concesionario en sus escritos.

- (ii) Con relación a los ingresos, la Cláusula 10.2 del Contrato de Concesión dispone explícitamente que el Concedente se compromete a asegurar al Concesionario un nivel de ingresos mínimos anuales por Peaje (IMAG), durante el período que resulte menor entre: (i) 15 años o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda, contados, en ambos casos, desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras; destacando que, en caso este se active, el pago se realizará conforme al procedimiento para el reconocimiento y pago del IMAG establecido en las Cláusulas 10.3 y 10.4⁹.
- (iii) El hecho que el Concedente sea responsable del restablecimiento del orden social, de ningún modo implica que éste tenga asignado el riesgo de operación e ingresos por peaje en términos y condiciones distintas a las pactadas expresamente en el Contrato de Concesión.

62. En ese orden de ideas, siendo claro e inequívoco lo expresado en la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión respecto del plazo mayor a 6 meses luego del cual el Concedente asumirá los

⁹ Contrato de Concesión:

"PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DEL IMAG

10.3. El procedimiento para el reconocimiento de la activación del IMAG se realizará en función a lo siguiente:

- a) En los primeros treinta (30) Días del mes de enero de cada año, el CONCESIONARIO presentará al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados correspondiente al año anterior de acuerdo a lo precisado en el Anexo VIII: Medición de Flujos Vehiculares.
- b) El REGULADOR emitirá su informe al CONCEDENTE en un plazo no mayor de treinta (30) Días contados desde la recepción del informe presentado por el CONCESIONARIO.
- c) En caso que la recaudación anual por Peaje sea menor al IMAG correspondiente para dicho año, el CONCEDENTE deberá realizar todas las acciones necesarias a fin que el monto dado por la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual del peaje sea previsto en el Presupuesto del Sector Público para el siguiente ejercicio presupuestable. Las Partes reconocen que no existe obligación de pago de intereses por el periodo transcurrido desde la fecha de verificación del REGULADOR contenida en el Literal b de la Cláusula 10.3 y la fecha del desembolso, conforme al Literal b) de la Cláusula 10.4.
- d) Las Partes reconocen que el proceso de formulación presupuestal del Estado de la República del Perú está normado por disposiciones públicas y que son conocidas.
- e) La atención de lo especificado en el literal a) del presente numeral, se realiza con cargo al presupuesto del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, por lo que dicha entidad deberá efectuar las provisiones correspondientes a efectos que dichos compromisos estén consignados en su Presupuesto Institucional, aprobados por las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público.

10.4. El procedimiento para el pago del IMAG se realizará en función a lo siguiente:

- a) El CONCESIONARIO deberá presentar la factura correspondiente al monto resultante de la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual, dentro de la primera quincena del mes de enero correspondiente al año siguiente de la emisión del Informe del REGULADOR a que se refiere el Literal b) de la Cláusula 10.3.
- b) El desembolso del monto referido en el Literal a) anterior se realizará a más tardar en la primera quincena del mes siguiente a la presentación por el CONCESIONARIO de la factura a que se refiere el Literal a) anterior.
- c) En caso de no realizarse el desembolso en la fecha establecida en el Literal anterior, se reconocerá a partir de dicha fecha una tasa de interés equivalente a LIBOR más uno por ciento (1%), calculado por día de retraso.
- d) El CONCEDENTE no hará ninguna retención, deducción o compensación respecto de las facturas, si a la fecha de pago el CONCESIONARIO le adeuda a sus contratistas cualquier cantidad por adquisición de bienes y/o servicios, multas, indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios, salvo resolución de Autoridad Gubernamental de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables."



montos que deje de recaudar el Concesionario, resulta **IMPROCEDENTE** la solicitud de interpretación planteada sobre dicho aspecto.

E.2 De la interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2, y 4.2 del Contrato de Concesión

63. Como quedó señalado en el acápite precedente, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario en la unidad de peaje, luego de culminado el plazo de seis (6) meses establecido en el último párrafo de dicha Cláusula. En ese sentido, en este apartado corresponde evaluar la solicitud de interpretación de las Cláusulas 9.1, 17.2 y 4.2 planteada por el Concedente, respecto de la forma de pago establecida contractualmente para que éste asuma dicha obligación.
64. Sobre el particular, como sustento de su postura, el Concedente sostiene que la Cláusula 9.1 regula únicamente su obligación de asumir los montos que el Concesionario se vea imposibilitado de recaudar, lo que constituye un derecho del Concesionario a ser compensado; destacando que el mecanismo y/o modalidad de compensación se encuentra regulado en las Cláusulas 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión, esto es, a través de la Suspensión del Plazo de la Concesión.
65. Por su parte, el Concesionario manifiesta que las obligaciones suspendidas por el evento de fuerza mayor regulado en las Cláusulas 17.2 y 4.2 no satisfacen su derecho a que el Concedente asuma los montos que dejó de percibir en la unidad de peaje Ticlio. En esa línea, afirma que la postura del Concedente carece de sustento pues una suspensión del plazo de la Concesión no otorgaría mayor derecho a favor del Concesionario, quien mantendría el mismo Plazo de Concesión, por lo que -desde su perspectiva-, sería inaudito pretender pagar una deuda a favor del Concesionario "otorgándole" el mismo plazo del Contrato al que ya tiene derecho; señalando, además, que no es deudor del Concedente toda vez que sus obligaciones se encuentran suspendidas.
66. Con respecto a lo anterior, cabe precisar que el efecto de la suspensión de obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor es que no se aplique las penalidades y/o sanciones administrativas por el incumplimiento, lo que evidentemente no implica que las obligaciones del Concesionario se hayan extinguido. En ese sentido, carecen de sustento las afirmaciones de DEVIANDES por las que sostiene que no tiene la calidad de deudor de las obligaciones suspendidas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.
67. En ese contexto, para evaluar el caso planteado de modo sistemático, en primer término, es preciso remitirnos a las condiciones declaradas en la Cláusula 9.1, en el extremo que dispone:
"En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1".
[El subrayado es nuestro]



68. Al respecto, el proceso para declarar la Suspensión de la Concesión por las causales de fuerza mayor previstas en el literal a) de la Cláusula 17.1¹⁰, se encuentra regulado en la Cláusula 17.2, la cual establece que:

"(...) Corresponderá al REGULADOR declarar la suspensión de la Concesión, de conformidad con las Normas Regulatorias. Las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, así como el Plazo de la Concesión, quedarán automáticamente suspendidos desde la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito y mientras dure dicho evento".

[El subrayado es nuestro]

69. Acorde con la referida disposición contractual, la Cláusula 4.2 adicionalmente establece las siguientes condiciones habilitantes para que se realice dicha declaración:

"El plazo de la Concesión será suspendido en el supuesto contemplado en el Capítulo XVII del Contrato, en la medida que los efectos de los eventos que generen la suspensión, sean de tal magnitud que impidan el cumplimiento de parte de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO".

[El subrayado es nuestro]

70. Por lo tanto, para que proceda la Suspensión del Plazo de la Concesión en función de las cláusulas 9.1, 17.1 a), 17.2 y 4.2 del Contrato de Concesión glosadas precedentemente, deben concurrir y evaluarse el estricto cumplimiento de los términos y condiciones habilitantes que estas contienen¹¹; destacándose que de ninguna de dichas disposiciones contractuales, se advierte una remisión o disposición que establezca que, para el cumplimiento de la obligación del Concedente comprendida en el último párrafo de la Cláusula 9.1, se declarará la Suspensión del Plazo de la Concesión en los términos de las cláusulas 17.1 a), 17.2 y 4.2.

71. De otro lado, en concordancia con lo acotado en la sección precedente, es pertinente resaltar que las Cláusulas 8.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5 y 10.1 no establecen que el Concedente asuma el riesgo de explotación de los peajes (operación de la unidad del peaje y cobro del peaje) en su totalidad, como lo entendería el Concesionario. La Cláusula 9.1 establece expresamente que en caso persista la resistencia social que impide el cumplimiento de la obligación de explotar la unidad de Peaje por más de seis (6) meses, ***"... el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario"*** [El subrayado es nuestro] luego de culminado dicho plazo.

72. En vista de lo expuesto, podemos señalar lo siguiente:

¹⁰ Contrato de Concesión:

"17.1 El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en este Contrato, no será considerada como causa imputable de incumplimiento a alguna de ellas durante el tiempo y en la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales e impida la ejecución de las Obras o la prestación del Servicio:

b) Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. (...)"

¹¹ En este punto, cabe señalar que, en el presente caso, el Concesionario se ha visto imposibilitado de explotar la nueva unidad de peaje Ticlio, esto es, una (1) de las cuatro (4) unidades de peaje del proyecto --las tres (3) unidades de peaje existentes han venido recaudando ininterrumpidamente--; por lo que no corresponde declarar la Suspensión de la Concesión conforme a los términos y condiciones establecidos en las cláusulas 4.2, 9.1, 17.1 a) y 17.2.

- (i) Con el objeto de identificar la obligación del Concedente materia de la presente solicitud de interpretación, consideramos necesario revisar la definición del término “**asumir**” contemplado en la cláusula precedentemente citada.
- (ii) Al respecto, conforme lo señala el Diccionario de la Lengua Española¹², una de las acepciones del verbo “**asumir**” es “**hacerse cargo, responsabilizarse de algo**”.
- (iii) En ese sentido, partiendo de una interpretación de *buena fe* de la citada cláusula, queda claro que el Contrato de Concesión ha establecido que “**el Concedente *deberá hacerse cargo del pago de los montos que deje de recaudar el Concesionario***”, es decir, **el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje**¹³.
- (iv) La mencionada interpretación, se confirma si efectuamos una lectura de otros párrafos de la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, en donde la utilización del verbo “**asumir**” debe leerse también como “**deberá hacerse cargo del pago de**”, a fin de justamente hacer viable el objeto de la obligación establecida en la mencionada cláusula, tal como lo podemos apreciar a continuación:

“(…)

*Posteriormente, el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE podrán llegar a un acuerdo para modificar la ubicación de las unidades de peaje, para cuyo efecto el CONCESIONARIO deberá requerir la opinión previa del REGULADOR a la aprobación del CONCEDENTE, en cuyo caso el proponente de la modificación **asumirá** los costos necesarios.*

*En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un exento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE **asumirá** el costo que demande tal modificación.*

“(…)”

¹² Real Academia de la Lengua Española: “Diccionario de la Lengua Española”. Consulta electrónica efectuada el día 28.11.2018, en: <http://dle.rae.es/?id=4754L2q>

¹³ Al respecto, de manera complementaria, podemos mencionar que la Contraloría General de la República (CGR), a través de la Subgerencia de Control de Asociaciones Público Privadas y Obras por Impuestos, mediante Informe de Acción Simultánea N° 885-2018-CG/APP-AS(*), efectuada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del Contrato de Concesión materia de análisis, periodo 3 al 23 de julio de 2018, señaló lo siguiente:

Ahora bien, debe tenerse presente que la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión dispone que una vez transcurrido los seis (6) meses desde la ocurrencia del evento el Concedente asumirá los montos que el Concesionario deje de recaudar ante la imposibilidad de explotar la UP Ticlio. Siendo así, y para mitigar el riesgo de que el Concedente asuma el referido pago a favor del Concesionario, es que la cláusula 9.1 señala que el Concedente debe agotar las acciones para que el Concesionario pueda cumplir su obligación de cobro de la tarifa de peaje.

[El subrayado y el resaltado son nuestros]

Como puede observarse, la CGR también entiende que la frase “... el Concedente **asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario**” significa que “... el Concedente **asuma el referido pago a favor del Concesionario**”.

(*) Página 14 del Informe de Acción Simultánea.

[El subrayado y resaltado son nuestros]

Así, consideramos que resultaría contrario a la buena fe, aplicar los párrafos precedentes interpretando que “el Concedente compensará los costos de modificación de la ubicación del peaje”, cuando el objeto de dichas disposiciones contractuales es que la parte responsable (sea Concedente o Concesionario) financie el costo de movilización de la correspondiente unidad de peaje.

73. Sin perjuicio de lo anterior, debemos precisar que la cláusula 9.1 no ha contemplado el procedimiento a seguir para hacer efectiva dicha obligación de pago, cosa que si ha ocurrido respecto del IMAG.

En efecto, del Contrato de Concesión dispone explícitamente que en caso se active el IMAG¹⁴, el pago a cargo del Concedente se realizará conforme al procedimiento para el reconocimiento y pago del IMAG establecido en las Cláusulas 10.3 y 10.4¹⁵, advirtiendo que, el monto dado por la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual del peaje sea previsto en el Presupuesto del Sector Público para el siguiente ejercicio presupuestable, conforme a las *Leyes y Disposiciones Aplicables*¹⁶, y que para el desembolso el Concesionario deberá presentar la factura correspondiente.

74. El Contrato de Concesión no establece que la forma de pago de los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de culminado el plazo de 6 meses previsto en la Cláusula 9.1, es a través de la Suspensión del Plazo de la Concesión en los términos de las Cláusulas 17.2 y 4.2 como sostiene el Concedente¹⁷.

Acorde con lo expuesto en el presente informe, cabe destacar que a través de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, las Partes han determinado que, en caso persista la resistencia social que imposibilita la explotación y el funcionamiento de las unidades de peaje de la Concesión por más de 6 meses, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario luego de culminado dicho plazo, sin establecer un procedimiento para ello.



¹⁴ Contrato de Concesión:

“SOBRE EL IMAG

10.2. El CONCEDENTE se compromete a asegurar al CONCESIONARIO, un nivel de ingresos mínimos anuales por Peaje, y durante el período que resulte menor entre: (i) Quince (15) años o, (ii) el plazo correspondiente al repago de la deuda, contados, en ambos casos, desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras a cargo del CONCESIONARIO, conforme se indica en los párrafos siguientes.

El pago del IMAG en caso se active, se efectuará a través de fondos provenientes única y exclusivamente del CONCEDENTE conforme a lo establecido en la Cláusula 10.4.”

¹⁵ Respecto del contenido de las Cláusulas 10.3 y 10.4, ver nota a pie de página 7.

¹⁶ Contrato de Concesión:

“1.8.55 Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación; las que serán de observancia obligatoria para las Partes.”

¹⁷ Sin perjuicio de ello, las Partes no se encuentran impedidas de acordar una Ampliación del Plazo de la Concesión hasta compensar económicamente los montos dejados de recaudar en la unidad de peaje, luego de culminados los seis (6) primeros meses de resistencia social conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables.



Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del MTC, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público (SNPP), dicho marco normativo de igual forma resultará aplicable en virtud de la cláusula de *Leyes y Disposiciones Aplicables*¹⁸, es decir, si bien el procedimiento no se encuentra especificado en el Contrato de Concesión, el mismo se encuentra establecido por el marco normativo del SNPP.

Consideraciones Finales

76. Teniendo presente lo expuesto en el acápite E.1 del presente informe, conviene apuntar que cuando el Informe N° 1655-2018-JCRV-GSF-OSITRAN, de la Gerencia de Línea concluye señalando que, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 9.1, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario por los días transcurridos superados los seis (6) meses de imposibilidad de explotar las unidades de peaje; dicha opinión no constituye ni contiene de ningún modo una interpretación del Contrato de Concesión como desliza el Concesionario, sino que ha implicado la aplicación de lo dispuesto por dicha cláusula.
77. De otro lado, a fin de mitigar los perjuicios económicos al Estado y al Concesionario derivados de la imposibilidad de explotación de la unidad de peaje Ticlio, en su ubicación actual, consideramos conveniente exhortar al MTC en su calidad de representante del Concedente, a realizar las acciones que resulten necesarias para que el Concesionario pueda cumplir con su obligación de explotar dicha unidad de peaje, ejerciendo -de estimarlo pertinente- su facultad de modificar la ubicación del peaje, conforme a los términos establecidos en la Cláusula 9.1¹⁹ del Contrato de Concesión.

IV. CONCLUSIONES

78. Las solicitudes de interpretación del Contrato de Concesión formuladas por el Concedente a través de los Oficios N° 3450-2018-MTC/25, y N° 3553-2018-MTC/25, guardan conexión entre sí, por lo que se ha acumulado los procedimientos conforme a lo establecido en el artículo 158° del TUO LPAG.
79. En ese marco, con relación a la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 contenida en el Oficio N° 340-2018-MTC/25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario, se advierte que el Contrato de Concesión es claro e inequívoco y no ofrece dudas sobre su aplicación, luego de culminados los 6 primeros meses de resistencia social. Por tanto, dicha solicitud resulta IMPROCEDENTE.
80. Sobre la solicitud de interpretación planteada en el Oficio N° 3553-2018-MTC/25, del análisis sistemático realizado se advierte que, para el cumplimiento de la obligación contenida en el último párrafo de la Cláusula 9.1, la cual determina que el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario, estos deberán cuantificarse midiendo los flujos

¹⁸ Ver nota a pie de página 7.

¹⁹ Al respecto, la Cláusula 9.1 del Contrato, establece:
“(…) Asimismo, por esta misma causal, **el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande** tal modificación.”

vehiculares y aplicando las condiciones y el régimen tarifario previsto en las Cláusulas 9.2, 9.3, 9.4, y 9.5 del Contrato de Concesión.

81. Con respecto a la forma de pago de dichos montos, el Contrato de Concesión no establece que esta sea través de una Declaración de Suspensión del Plazo de la Concesión conforme a lo dispuesto en las Cláusulas 17.2 y 4.2.
82. Por otra parte, con el fin de mitigar los perjuicios económicos al Estado y al Concesionario derivados de la imposibilidad de explotación de la unidad de peaje Ticlio, en su ubicación actual, resultaría conveniente exhortar al Concedente a realizar las acciones que resulten necesarias para que el Concesionario pueda cumplir con su obligación de explotar dicha unidad de peaje; ejerciendo -de estimarlo pertinente- su facultad de modificar la ubicación del peaje, conforme a los términos establecidos en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACIONES

83. Elevar el presente Informe al Consejo Directivo, a efectos, que de estimarlo conforme, proceda a acumular las solicitudes de interpretación presentadas por el Concedente, y declare:

- i) IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación de la Cláusula 9.1 formulada por el Concedente a través del Oficio N° 340-2018-MTC/25, respecto del plazo a partir del cual el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.
Sobre el particular:

- El derecho de explotación del peaje por parte del Concesionario, así como la naturaleza autofinanciada de la Concesión, contrarían la posibilidad de que el Concedente tenga asignado el riesgo de explotación del peaje en su totalidad.
- El Contrato de Concesión es claro e inequívoco al señalar que, en caso persista la resistencia social que impide el cumplimiento de la obligación de explotar la unidad de peaje por más de 6 meses, el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario.

- ii) INTERPRETAR únicamente el alcance del último párrafo la Cláusula 9.1 solicitada, a través del Oficio N° 3553-2018-MTC/25, por el Concedente con el objeto de que se precise el mecanismo de compensación de los montos dejados de recaudar por el Concesionario en una unidad de peaje que no entre en explotación, originado por un evento de fuerza mayor, en los términos siguientes:

“El último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión establece que el Concedente deberá pagar los montos que deje de recaudar el Concesionario, luego de transcurrido los 6 meses de la suspensión de la obligación de explotación del peaje.

Al respecto, teniendo en cuenta que toda disposición de recursos públicos por parte de las entidades del Estado, como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, debe efectuarse acorde a las normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público, dicho marco normativo resultará



aplicable al Contrato de Concesión en virtud de la cláusula de Leyes y Disposiciones Aplicables”

84. De otro lado, con el fin de mitigar los perjuicios económicos al Estado y al Concesionario derivados de la imposibilidad de explotación de la unidad de peaje Ticlio, en su ubicación actual, recomendamos al Consejo Directivo exhortar al Concedente a realizar las acciones que resulten necesarias para que el Concesionario pueda cumplir con su obligación de explotar dicha unidad de peaje; ejerciendo adicionalmente -de estimarlo pertinente- su facultad de modificar la ubicación del peaje, conforme a los términos establecidos en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.

Atentamente,



JORGE HERNÁN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)



FREDY SAN ROMAN LUNA
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

Reg. Sal. 44930-18-IC (GAJ-GSF).



OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N°: **OSITRAN 2018-66**

PARA : SCD

ACCIONES A SEGUIR: **SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO**

FECHA: **30/11/18**