

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO



Lima, 12 de febrero de 2019

N° 0006-2019-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), de fecha 08 de febrero de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 01 de octubre de 2018, el Estado de la República del Perú (en adelante, "el Concedente"), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC"), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, "APN"), y la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. (en adelante, "STI" o "el Concesionario") suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, "Contrato de Concesión");

Que, la Toma de Posesión se produjo el 30 de octubre de 2018, fecha en la cual se suscribió el Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión;

Que, con fecha 22 de noviembre de 2018, el Concesionario presentó la Carta de la referencia (a), con el propósito de iniciar la Obra de Dragado Inicial, a la cual adjuntó documentación referida a las condiciones establecidas en la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión;

Que, con Oficio N° 10418-2018-GSF-OSITRAN de 23 de noviembre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, "GSF") solicitó el pronunciamiento de PROINVERSIÓN sobre el cierre financiero de la Obra de Dragado Inicial;

Que, con Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE, recibido el 28 de noviembre de 2018, PROINVERSIÓN señaló, entre otros aspectos, que para la Obra de Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN de fecha 07 de diciembre de 2018, la GSF identificó tres lecturas posibles respecto al cumplimiento de la condición de cierre financiero, en atención a lo señalado en las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión:

- Lectura 1: Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas la Obra de Dragado Inicial;
- Lectura 2: Se requiere un cierre financiero específico para la Obra de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo el Dragado Inicial;
- Lectura 3: No se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial.

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2018-CD-OSITRAN de fecha 10 de diciembre de 2018 se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio N° 292-2018/PROINVERSION/DE de fecha 18 de diciembre de 2018, Proinversión comunicó a OSITRAN que mediante el Oficio N° 284-2018/PROINVERSION/DE notificado a OSITRAN el 28 de noviembre de 2018, dicha institución remitió el Informe N° 5-2018/DPP/PU que contiene su posición institucional respecto a la interpretación de las cláusulas que son materia del proceso de interpretación de oficio;

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/02/2019 16:29:44 -0500

Visado por: SAN ROMAN LUNA
Freddy FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/02/2019 16:05:19 -0500

Visado por: ARTOLA GRADOS
Jorge Hernan FIR 10540923 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/02/2019 14:38:33 -0500

Que, mediante Carta N° 076-2018/STI-GG de fecha 26 de diciembre de 2018, el Concesionario remitió a OSITRAN su posición respecto al procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio N° 5788-2018-MTC/25 de fecha 28 de diciembre de 2018, el MTC remitió a OSITRAN su pronunciamiento sobre el procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, contenido en el Informe N° 2123-2018-MTC/25 de fecha 26 de diciembre de 2018;

Que, adjunto al Oficio N° 1246-2018-APN/GG-UAJ del 28 de diciembre de 2018, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 070-2018-APN/DIPLA/DITEC-UAJ de 26 de diciembre de 2018, el cual contiene la opinión de la APN respecto al procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión;

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Adicionalmente, dicha norma reglamentaria precisa que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, en ese orden normativo, mediante Acuerdo N° 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 (en adelante, "los Lineamientos").

Que, conforme a lo establecido por los mencionados Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N° 662-2019-CD-OSITRAN de fecha 12 de febrero de 2019, y sobre la base del Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar de oficio las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, relacionadas con el Cierre Financiero para la Obra de Dragado Inicial y las Inversiones Obligatorias en el siguiente sentido:

"Se requiere un único cierre financiero para las Inversiones Obligatorias excluidas la Obra de Dragado Inicial.

La obra de Dragado Inicial no requiere cierre financiero.

La presente interpretación se establece a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre bienes o derechos de la Concesión."

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, así como a la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. en calidad de Concesionario; y a PROINVERSION y la Autoridad Portuaria Nacional.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 024-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Artículo 4°.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

**INFORME CONJUNTO N° 024-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)**

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

Asunto : Interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

Referencia : (a) Carta N° 069-2018-STI/GG (HT N° 28456 de 22.Nov.2018)
(b) Oficio N° 10418-GSF-OSITRAN de 23.Nov.2018
(c) Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE de 28.Nov.2018
(d) Oficio N° 292-2018/PROINVERSIÓN/DE de 18.Dic.2018
(e) Carta N° 076-2018-STI-GG de 26.Dic.2018
(f) Oficio N° 5788-2018-MTC/25 de 28.Dic.2018
(g) Oficio N° 1246-2018-APN/GG-UAJ de 28.Dic.2018

Fecha : Lima, 08 de febrero de 2019

 Firmado por:
ARTOLA GRADOS
Jorge Herman FIR
10540823 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 08/02/2019
12:12:56 -0500

 Firmado por:
ALIAJA
CALDERON Carlos
Ricardo FIR
09857290 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/02/2019
12:29:31 -0500

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, relacionada con la exigibilidad o inexigibilidad del cierre financiero para el inicio de la Obra de Dragado Inicial.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 01 de octubre de 2018, el Estado de la República del Perú (en adelante, “el Concedente”), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “MTC”), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, “APN”), y la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. (en adelante, “STI” o “el Concesionario”) suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, “Contrato de Concesión”).
3. La Toma de Posesión se produjo el 30 de octubre de 2018, fecha en la cual se suscribió el Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión.
4. Con fecha 22 de noviembre de 2018, el Concesionario presentó la Carta de la referencia (a), con el propósito de iniciar la Obra de Dragado Inicial, a la cual adjuntó documentación referida a las condiciones establecidas en la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión.
5. Con Oficio N° 10418-2018-GSF-OSITRAN de 23 de noviembre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, “GSF”) solicitó el pronunciamiento de PROINVERSIÓN sobre el cierre financiero de la Obra de Dragado Inicial.
6. Con Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE, recibido el 28 de noviembre de 2018, PROINVERSIÓN señaló, entre otros aspectos, que para la Obra de Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión.
7. Mediante Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN de fecha 07 de diciembre de 2018, la GSF identificó tres lecturas posibles respecto al cumplimiento de la condición de cierre financiero, en atención a lo señalado en las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión:

Visado por: GUILLEN BARBARAN
Kelly FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/02/2019 12:23:30 -0500

Visado por: VILCAPOMA VIRRUETA
Hanz Joel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/02/2019 12:20:30 -0500

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 09481356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/02/2019 12:07:49 -0500

Visado por: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FIR 41187575 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/02/2019 12:02:29 -0500

- Lectura 1: Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas la Obra de Dragado Inicial;
 - Lectura 2: Se requiere un cierre financiero específico para la Obra de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo el Dragado Inicial;
 - Lectura 3: No se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial.
8. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2018-CD-OSITRAN de fecha 10 de diciembre de 2018 se resolvió, entre otros aspectos, disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión.
 9. Mediante Oficio N° 292-2018/PROINVERSION/DE de fecha 18 de diciembre de 2018, Proinversión comunicó a OSITRAN que mediante el Oficio N° 284-2018/PROINVERSION/DE notificado a OSITRAN el 28 de noviembre de 2018, dicha institución remitió el Informe N° 5-2018/DPP/PU que contiene su posición institucional respecto a la interpretación de las cláusulas que son materia del proceso de interpretación de oficio.
 10. Mediante Carta N° 076-2018/STI-GG de fecha 26 de diciembre de 2018, el Concesionario remitió a OSITRAN su posición respecto al procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión.
 11. Mediante Oficio N° 5788-2018-MTC/25 de fecha 28 de diciembre de 2018, el MTC remitió a OSITRAN su pronunciamiento sobre el procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, contenido en el Informe N° 2123-2018-MTC/25 de fecha 26 de diciembre de 2018.
 12. Adjunto al Oficio N° 1246-2018-APN/GG-UAJ del 28 de diciembre de 2018, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 070-2018-APN/DIPLA/DITEC-UAJ de 26 de diciembre de 2018, el cual contiene la opinión de la APN respecto al procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión.

III. ANALISIS

13. A través del presente Informe se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:
 - A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.
 - C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión.
 - D. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación.
 - E. Posiciones de PROINVERSIÓN, del Concesionario, del MTC y de APN.
 - F. Evaluación de la estipulación contractual.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

14. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, 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:

(...)

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

(...)."

15. Asimismo, el artículo 29º del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante REGO), dispone que 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 Infraestructura². Además, la referida norma prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

16. Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a las facultades legalmente otorgadas y comentadas anteriormente, aprobó los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión” (en adelante, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los contratos de concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.
17. De acuerdo a lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación, cuando éstas son ambiguas, oscuras o poco claras.
18. Asimismo, de conformidad con los Lineamientos, OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión, de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado - *ratio legis* -; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
19. Al respecto, Barchi (2007) sostiene que por interpretación debe entenderse 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*”³.
20. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) 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 intérprete podrá hacer uso de diversos

² Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los Contratos de Concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

³ 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.

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.”⁴

21. Así, como se ha indicado anteriormente, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.
22. Evidentemente, estamos hablando de cláusulas contenidas en el contrato, no de la integración de disposiciones no contempladas o de una interpretación para cubrir vacíos contractuales, cosa que naturalmente escapa a nuestro marco legal y a la competencia de este Organismo Regulador. Por tanto, OSITRAN no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.
23. Finalmente, atendiendo a lo indicado en los Lineamientos, cabe indicar que en caso de que OSITRAN determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia. En tal sentido, no procederá la interpretación en caso se advierta que el contrato no contiene alguna cláusula que sea ambigua, no entendible, oscura o poco clara, de tal forma que se imposibilite su aplicación.
24. Acorde con lo anterior, se procederá a determinar si el alcance o sentido de las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, en lo referido a la exigibilidad o inexigibilidad del cierre financiero para el inicio de la Obra de Dragado Inicial, requiere ser interpretado, tal como ha sido determinado de oficio por el Regulador, caso en el cual se procederá a aplicar los métodos de interpretación que resulten pertinentes, o por el contrario, si la cláusula es clara en su contenido y sentido, no existiendo impedimento alguno para su aplicación por las Partes, supuesto en el cual no será procedente la referida interpretación.

C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión

25. Adicionalmente a las reglas de interpretación previstas antes señaladas, se debe tener presente también los criterios de interpretación previstos en la Sección XV del Contrato de Concesión:

“CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

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

- a) El Contrato y sus modificatorias;*
- b) El Proyecto Referencial;*
- b) Las Circulares, a que se hace referencia en las Bases; y*
- d) Las Bases.*

⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.

15.5 *El Contrato de Concesión se suscribe únicamente en idioma castellano. De existir cualquier diferencia entre cualquier traducción del Contrato de Concesión 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", "Sección", "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.

15.6 *Los plazos establecidos se computarán en días (Días o Días Calendario según corresponda), Meses o años según corresponda.*

15.7 *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.*

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

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

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

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

D. Las disposiciones contractuales objeto de la solicitud de interpretación

26. Las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión incluida en el Capítulo VI: De la Obra de la Infraestructura Portuaria, cuya interpretación ese materia de análisis, establecen lo siguiente:

"INICIO DE LA EJECUCIÓN DE LAS INVERSIONES

6.9 *El inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o el adelanto de estas, o de las Inversiones Complementarias o de las Inversiones Discrecionales, en lo que corresponda, se realizará siempre que el CONCESIONARIO acredite haber cumplido con las siguientes condiciones:*

- a) *Haber suscrito el Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión;*
- b) *Contar con el correspondiente Expediente Técnico aprobado por parte de la APN;*
- c) *Contar con el Estudio de Impacto Ambiental Detallado debidamente aprobado por la Autoridad Ambiental Competente;*
- d) *Contar con el (los) Certificado (s) de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) u otro instrumento requerido por parte de la Autoridad Ambiental Competente, de ser el caso; salvo que la normativa vigente permita la ejecución parcial (CIRA por Etapas) del proyecto garantizando la protección del patrimonio cultural;*

- e) Contar con las autorizaciones y licencias que se requieran por parte de las Autoridades Gubernamentales Competentes;
- f) Haber presentado la Garantía de Fiel Cumplimiento con el incremento a que se refiere la Cláusula 9.2.1.1 del presente Contrato.
- g) Haber acreditado el cierre financiero según lo dispuesto en la Cláusula 6.31 del Presente Contrato.
- h) Haber contratado las pólizas de seguros a que se refiere la Cláusula 10.9 del presente Contrato.
- i) Las demás exigidas por las Leyes y Disposiciones Aplicables.

El REGULADOR verificará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Cláusula, abriéndose el Libro de Obra y estableciéndose el protocolo de comunicaciones.

Para efectos del inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias (Etapa 1 y 2), el CONCESIONARIO deberá acreditar en un solo momento, el cumplimiento de las condiciones señaladas anteriormente, lo cual incluye la acreditación de un cierre financiero por ambas etapas.

Para el caso del inicio de ejecución de las Inversiones en Función a la Demanda (Etapas 3, 4 5 y Nueva Dársena), la acreditación de las condiciones aplicables se realizará individualmente en la oportunidad que cada una de ellas se gatille.”

“REGIMEN ECONÓMICO DE LAS INVERSIONES

6.31 El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

- (i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s); y/o
- (ii) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado como Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);
- (iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

Los contratos referidos en el Numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el CONCESIONARIO incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido, comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE y PROINFERSIÓN. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido.

Los aportes descritos en el Numeral (iii) son adicionales a la obligación del CONCESIONARIO de acreditar un capital social mínimo conforme a lo indicado en la Cláusula 3.3 del presente Contrato.

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad de cierre financiero a PROINVERSIÓN, acompañando toda la documentación que resulte relevante así como la requerida por las Leyes y Disposiciones Aplicables. El CONCESIONARIO deberá remitir copia de su solicitud al CONCEDENTE para conocimiento.

PROINVERSIÓN emitirá su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud del CONCESIONARIO, para emisión de su conformidad.

Para los efectos de la evaluación, PROINVERSIÓN podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada a PROINVERSIÓN, de manera completa y a satisfacción de PROINVERSIÓN por parte del CONCESIONARIO, se reanudará el plazo para que PROINVERSIÓN emita su pronunciamiento.

Cualquier retraso respecto a la emisión de conformidad por parte de PROINVERSIÓN, dará lugar a la Suspensión de la Obligación relacionada a la acreditación del financiamiento, a solicitud del CONCESIONARIO, por un periodo igual al que dure dicho retraso.

La conformidad de la solicitud por parte de PROINVERSIÓN no la valida ni enerva ni limita la responsabilidad exclusiva del CONCESIONARIO de contar con los recursos suficientes para ejecutar las Inversiones Obligatorias y de cumplir con los demás fines del presente Contrato.

Las operaciones de financiamiento suscritos con Empresas Vinculadas o terceros no son oponibles al Estado, por lo tanto queda establecido que el CONCEDENTE no asumirá obligaciones o deudas derivadas de dichas operaciones.

En caso el CONCESIONARIO no acredite el cierre financiero al término del plazo indicado en la presente Cláusula, el CONCEDENTE, sin perjuicio de las penalidades que se hayan aplicado, podrá invocar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al CONCESIONARIO, en ese caso el CONCEDENTE ejecutará la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

Los plazos y condiciones establecidos en la presente cláusula serán de aplicación tanto para la acreditación de fondos para la ejecución de Inversiones Obligatorias como para cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o al adelanto de estas, Inversiones Complementarias así como de las Inversiones Discrecionales.”

E. Posiciones de PROINVERSIÓN, del Concesionario, del MTC y de APN

27. Las posiciones de PROINVERSIÓN, el Concesionario, el MTC y la APN, bajo diversos argumentos, coinciden en señalar que no se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial, tal como se desarrolla en la presente sección.

✓ Posición de PROINVERSIÓN

28. Según la documentación remitida por Proinversión, no resulta exigible al Concesionario acreditar un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial. En efecto, las conclusiones contenidas en el documento de la referencia (d) indican lo siguiente:

“III. CONCLUSIONES

1. En razón de todo lo mencionado, la acreditación del cierre financiero por las Etapas 1 y 2 a la que se refiere el penúltimo párrafo de la Cláusula 6.9 del Contrato de Concesión resulta únicamente aplicable a la acreditación del financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), con excepción del dragado inicial que cuenta con el documento denominado Expediente de Dragado Inicial.
2. Para el Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión y, por lo tanto, el Concesionario no está obligado a seguir dicho procedimiento.
(...)"

✓ **Posición del Concesionario**

29. El Concesionario, a través de la Carta N° 076-2018/STI-GG, desarrolló las 3 posibles lecturas determinadas por el Regulador, señalando lo siguiente:

- Respecto a la lectura 1 que señala se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias, incluida la Obra de Dragado Inicial, el Concesionario señaló:

*"Nuestra posición es que esta interpretación del Contrato de Concesión **no es correcta** por las siguientes razones:*

- *El cierre financiero, tal como se encuentra establecido en la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión, **solo puede llevarse a cabo una vez aprobado el Expediente Técnico**, pues, precisamente, consiste en el procedimiento en virtud del cual el Concesionario acredita ante el Concedente que cuenta con el financiamiento necesario para ejecutar las inversiones **previstas en dicho expediente**.*
- *De considerarse que se debe acreditar un único cierre financiero por **todas las inversiones Obligatorias (incluido el Dragado Inicial)**, se está asumiendo también que para esa acreditación **se debe contar con el Expediente Técnico de las Etapas 1 y 2 aprobado**, el mismo que debe constar en un único documento, tal como exige el Anexo 6.
(...)*
- *Una interpretación sistemática del Contrato de Concesión acorde con lo establecido en el artículo 169 del Código Civil, nos lleva a la conclusión de que una cosa es el **"Expediente de Dragado Inicial"** que tiene su propio plazo para la formulación y aprobación (Anexo 9 - Apéndice 1) y otra cosa distinta es el **"Expediente Técnico"** del resto de las Inversiones Obligatorias que también tiene su propio plazo máximo para ser presentado y aprobado (cláusula 6.2).
(...)*
- *En consecuencia, **no se puede dar** a las cláusulas 6.9 y 6.31 una lectura según la cual para el inicio de las Inversiones Obligatorias (Etapa 1 y Etapa 2, incluyendo el Dragado Inicial) **se requiere acreditar un único cierre financiero**, puesto que dicha interpretación **no resulta consecuente** con el tratamiento diferenciado que el mismo Contrato de Concesión otorga al Dragado Inicial para distinguirlo del resto de las Inversiones Obligatorias, lo cual se manifiesta no solo en el hecho de que el **Dragado Inicial** cuenta con su propio expediente -que el Contrato de Concesión llama **"Expediente de Dragado Inicial"** para diferenciarlo del **"Expediente Técnico"** que es la denominación que se otorga al documento que corresponde al resto de las Inversiones Obligatorias-, sino también en el hecho de que se establecen plazos distintos y diferenciados para la presentación y aprobación del **"Expediente de Dragado Inicial"** y para la ejecución de las obras del Dragado Inicial, que es distinto de los plazos establecidos para la*

presentación y aprobación del "**Expediente Técnico**" de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2, sin incluir Dragado Inicial) y para la ejecución de dichas inversiones.

- En ese contexto, una interpretación adecuada de la cláusula 6.9 nos debe llevar a la conclusión de que cuando el Contrato de Concesión señala que "para efectos del inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), el CONCESIONARIO deberá acreditar, en un solo momento, el cumplimiento de las condiciones señaladas anteriormente, lo cual incluye la acreditación de un cierre financiero por ambas etapas", la interpretación correcta debe ser que esa estipulación se encuentra referida a la ejecución de las Inversiones Obligatorias de las Etapas 1 y 2, **sin incluir el Dragado Inicial**, porque el Expediente Técnico de las Etapas 1 y 2 debe constar en un único documento, según el Anexo 6 (de ahí la exigencia de acreditar un solo cierre financiero por ambas etapas), **que es distinto y diferente del Expediente de Dragado Inicial.**
- Respecto a la lectura 2 que señala que se requiere un cierre financiero específico para la Obra de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2, excluyendo la Obra de Dragado Inicial, el Concesionario indicó:

*"En nuestra opinión, esta lectura **tampoco es correcta** por lo siguiente:*

- Como hemos señalado anteriormente, en el Contrato de Concesión se distingue el "**Expediente de Dragado Inicial**" del "**Expediente Técnico**". Por lo tanto, ambos términos tienen un tratamiento diferenciado y **no son equivalentes**. Asimismo, la cláusula 6.31 hace referencia al término "**Expediente Técnico**" y no al "**Expediente de Dragado Inicial**".
 - Porque el Anexo 9 -Apéndice 1 cuando menciona el plazo máximo para ejecutar las obras de Dragado Inicial **no incluye** dentro de las actividades a realizar la acreditación del cierre financiero, cosa que sí hace expresamente cuando se refiere al plazo para ejecutar el resto de las obras de la Etapa 1 y al plazo para ejecutar las obras de la Etapa 2. (...)
 - Por lo tanto, dado que el Contrato de Concesión considera al Dragado Inicial como una fase preliminar de la Etapa 1 y teniendo en cuenta, además, que es un Componente Funcional que tiene un trato especial y diferente del resto de las Inversiones Obligatorias, **no se puede interpretar** que se requiere un cierre financiero específico para las Obras de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2, excluyendo al Dragado Inicial, porque la cláusula 6.31 contempla el cierre financiero para acreditar el financiamiento de los montos consignados en el "**Expediente Técnico**" y no en el "**Expediente de Dragado Inicial**" que, como hemos demostrado, es un documento diferente. En ese sentido, el cierre financiero solo es necesario para las Inversiones Obligatorias, **sin incluir el Dragado Inicial.**
- Respecto a la lectura 3 que señala no se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial, el Concesionario indicó lo siguiente:

*"Nosotros consideramos que esta **es la interpretación correcta** por cada uno de los argumentos que hemos expuesto a lo largo de esta carta, especialmente, porque esa lectura se encuentra en línea con el trato distinto que recibe el Dragado Inicial en el Contrato de Concesión con respecto al resto de las Inversiones Obligatorias de las Etapas 1 y 2. Además, esta es la única lectura que permite interpretar sistemáticamente lo previsto en las cláusulas 1.19.55, 6.2, 6.9, 6.31, Anexo 6 y Anexo 9- Apéndice 1 del Contrato de Concesión, sin quitar peso o restar contenido a cada una de dichas*

estipulaciones; y es la única interpretación posible que permite que el Concesionario ejecute la Inversión Obligatoria correspondiente al Dragado Inicial dentro de los plazos previstos en el Contrato de Concesión, sin incurrir en incumplimiento ni estar sujeto a penalidad.”

✓ **Posición del MTC**

30. El Concedente remitió su posición sobre la interpretación, a través del Oficio N° 5788-2018-MTC/25 del 28 de diciembre de 2018, al cual adjuntó el Informe N° 2123-2018-MTC/25, concluyendo lo siguiente:

V. CONCLUSIONES

(...)

- 5.2 *La Cláusula 6.9 del Contrato de Concesión establece para el inicio de la Ejecución de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de la Inversiones en Función de la Demanda o de adelanto de estas, o de las Inversiones Complementarias o de las Discrecionales, en lo que corresponda, que el Concesionario acredite haber cumplido -entre otras condiciones-, con el cierre financiero según lo dispuesto en la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión.*
- 5.3 *La cláusula 6.31 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario deberá haber acreditado ante el Concedente que cuenta con el financiamiento para ejecutar el Expediente Técnico correspondiente para ejecutarlo.*
- 5.4 *El término Expediente Técnico según la definición contenida en el numeral 1.19.55. del Contrato de Concesión, se refiere al documento con información necesaria para permitir la ejecución y supervisión de la Obra, la identificación de cada una de las partidas descritas en dicho Expediente Técnico, en los términos propuestos en el Anexo 6 del Contrato de Concesión.*
- 5.5 *Según la definición de Obra contenida en el numeral 1.19.84, es el proceso y resultado de las actividades o trabajos requeridos para construir, reconstruir, remodelar, rehabilitar, mejorar, demoler, renovar, ampliar y/o habilitar infraestructuras o adquirir, ensamblar y/o instalar Equipamiento Portuario y/o implementar tecnologías de la información y comunicación, sean de una Etapa (1, 2, 3, 4, 5 y Dársena) o de un componente funcional (Dragado Inicial) o de una Inversión Obligatoria, Inversión en Función de la Demanda o adelanto de ella, Inversión Complementaria o de una Inversión Discrecional.*
- 5.6 *El Anexo 6 del Contrato de Concesión establece los Términos de Referencia del Expediente Técnico, precisando entre otros aspectos, que la formulación del Expediente Técnico correspondiente a las Etapas 1 y 2, Inversiones Obligatorias, con excepción del dragado inicial, se realizará en un único documento, por lo que su presentación y aprobación se realizará de manera conjunta.*
- 5.7 *El Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión referido a las Inversiones Obligatorias, establece que el Concesionario deberá presentar el Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), con excepción del dragado inicial que cuenta con su propio Expediente de Dragado Inicial y que la etapa 1 contempla como fase preliminar el Dragado Inicial.*
- 5.8 *El Concesionario conforme a las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, debe acreditar el cierre financiero para iniciar la ejecución de la Inversiones Obligatorias conforme al Expediente Técnico aprobado, con excepción del componente funcional “Dragado Inicial” de la Etapa 1, que cuenta con su propio Expediente de Dragado Inicial.*
- 5.9 *De acuerdo a lo señalado en las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, el Concesionario no se requiere de un cierre financiero para la iniciar la ejecución de la Obra denominada “Dragado Inicial”, al*

tratarse dicha Obra de un componente funcional de la fase preliminar de la Etapa 1 que cuenta con un Expediente de Dragado Inicial distinto al Expediente Técnico de Inversiones Obligatorias aprobado por la APN, para las cuales si se requiere la acreditación del cierre financiero.”

31. En ese sentido, el MTC señala que no se requiere de un cierre financiero para iniciar la ejecución de la Obra denominada “Dragado Inicial”, al tratarse dicha Obra de un componente funcional de la fase preliminar de la Etapa 1 que cuenta con un Expediente de Dragado Inicial distinto al Expediente Técnico de Inversiones Obligatorias que sí lo requiere.

✓ **Posición de la APN**

32. La APN, a través del Oficio N° 1246-2018-APN/GG remite su posición para lo cual adjunta el Informe Técnico Legal N° 070-2018-APN/DIPLA/DITEC/UAJ concluyendo lo siguiente:

“IV. CONCLUSIONES

4.1 El Contrato de Concesión, incluyendo los anexos 6 y 9 (apéndice 1), han diferenciado el tratamiento de los expedientes técnicos de las obras obligatorias (etapas 1 y 2), respecto de las obras correspondientes al dragado inicial, inclusive, otorgándoles plazos distintos: para el caso de las etapas 1 y 2, se tienen doce (12) meses como plazo máximo desde la fecha de cierre para la aprobación del expediente técnico correspondiente, mientras que para el caso del dragado inicial, se tienen doce (12) meses como plazo máximo desde la toma de posesión, para la aprobación del expediente, así como para la ejecución y culminación de las obras de dicha actividad.

4.2 El Anexo 6 del Contrato de Concesión ha establecido que serán aplicables al expediente de dragado inicial los procedimientos, penalidades y demás disposiciones para el Expediente Técnico en tanto resulten compatibles y que, en caso de duda respecto a la aplicación, será la APN quien determine lo conveniente.

(...)

4.4 De acuerdo con el análisis del presente informe, no se advierten lecturas distintas de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión en relación al dragado inicial y, en caso de existir duda respecto a la aplicación de las mismas al citado dragado, corresponde a la APN determinar lo correspondiente, por lo que, aun cuando se reconoce la facultad de OSITRAN de interpretar los contratos de concesión, este organismo debería tomar en consideración lo señalado en el Anexo 6 del referido contrato y el presente documento.”

F. Evaluación de las estipulaciones contractuales

33. A fin de evaluar las disposiciones contractuales materia de interpretación, y debido a que la literalidad de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión no permite determinar indubitablemente si para la Obra del Dragado Inicial el Concesionario debe acreditar el financiamiento para ejecutarlo, por lo que no cabe la interpretación literal de las referidas cláusulas, debiendo recurrir a otros métodos de interpretación como el método sistemático, el cual consiste en que por comparación con otras cláusulas, se busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. Método que se encuentra contemplado en los Lineamientos para la Interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, reseñados en el literal “B” del presente Informe. En ese sentido, es conveniente analizar previamente el marco contractual relacionado con las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión.
34. Al respecto, iniciaremos precisando que las Inversiones Obligatorias comprenden las inversiones portuarias correspondientes a las Etapas 1 y 2, de conformidad con el

numeral 1.19.70 y el primer párrafo del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, los cuales se reproducen a continuación:

“1.19.70 Inversiones Obligatorias

Son aquellas inversiones portuarias (infraestructura y equipamiento) correspondientes a las Etapas 1 y 2 que el CONCESIONARIO deberá haber ejecutado a satisfacción del CONCEDENTE en un plazo no mayor a sesenta (60) Meses contados desde la Fecha de Cierre, que servirán para modernizar el TPMS y mejorar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales a favor de los Usuarios.

A la suscripción de las respectivas Actas de Recepción de la Obra, los bienes producto de la ejecución de las Inversiones Obligatorias formarán parte de los Bienes de la Concesión.”

[Subrayado agregado]

“Anexo 9

Apéndice 1: Inversiones Obligatorias

Son aquellas inversiones correspondientes a las Etapas 1 y 2, incluyendo el dragado inicial y la instalación de los Sistemas de Información de soporte, que tienen como uno de sus objetivos que el TPMS opere bajo un esquema de descarga indirecta de todos los tráficós de carga.”

[Subrayado agregado]

35. El Dragado Inicial es una Fase Preliminar que forma parte de las inversiones de la Etapa 1; por lo que, forma parte de las Inversiones Obligatorias, de conformidad con lo establecido en el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, conforme se señala a continuación:

“Anexo 9

Apéndice 1: Inversiones Obligatorias

(...)

Etapa 1

(...)

- La Etapa 1 contempla la siguiente fase preliminar:

- **Dragado Inicial**

El dragado inicial llevará la profundidad del canal de acceso, zonas de maniobra, área acuática operativa y área entre muelles hasta la cota -10.5 metros (...)

[Subrayado agregado]

36. Asimismo, es conveniente indicar, que de acuerdo a lo establecido en el séptimo párrafo del apéndice 1 del Anexo 9 y séptimo párrafo del numeral I del Anexo 6 del Contrato de Concesión, la culminación del Dragado Inicial de las Inversiones Obligatorias debe darse dentro del plazo de 12 meses a partir de la Toma de Posesión⁵, conforme se cita a continuación:

⁵ “1.19.118 Toma de Posesión

Es el acto mediante el cual el CONCESIONARIO recibe los Bienes de la Concesión para ser destinados a la ejecución del Contrato, dejando constancia de ello en el Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión. La Toma de Posesión se verificará con la suscripción del Acta de Entrega de los Bienes de la Concesión.”

“Anexo 9

(...)

- **Dragado Inicial**

(...)

En un plazo máximo de 12 meses contados desde la Toma de Posesión, el TPMS deberá contar con la profundidad antes señalada. Dicho plazo comprende la ejecución de todas las actividades que resulten necesarias, entre ellas la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial correspondiente. La Explotación de este Componente Funcional deberá realizarse luego de suscrita la correspondiente Acta de Recepción de Obra.

(...)

[Subrayado agregado]

“Anexo 6

TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

Asimismo, a partir de la Toma de Posesión, CONCESIONARIO contará con un plazo máximo de doce (12) meses para culminar con el dragado inicial que llevará al TPMS a contar con una profundidad del canal de acceso, zonas de maniobra, área acuática operativa y área entre muelles hasta la cota -10.5 metros referidos al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS). Este plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial. Serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos, penalidades y demás disposiciones para el Expediente Técnico en tanto resulten compatibles.

[Subrayado agregado]

37. En ese sentido, tomando en consideración que la suscripción del Acta de Entrega de Bienes de la Concesión se dio el 30 de octubre de 2018, se tiene que el plazo de ejecución de la Obra de Dragado Inicial de las Inversiones Obligatorias vence el 30 de octubre de 2019, cuando se cumplen los 12 meses a partir de la Toma de Posesión.
38. Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.19.84 del Contrato de Concesión, donde se define el término “Obra”, se establece que las Etapas pueden comprender Componentes Funcionales para cuya ejecución y supervisión se requiere Expediente Técnico aprobado, como se cita a continuación:

“1.19.84 Obra

Comprende el proceso y resultado de las actividades o trabajos requeridos para construir, reconstruir, remodelar, rehabilitar, mejorar, demoler, renovar, ampliar y/o habilitar infraestructuras o adquirir, ensamblar y/o instalar Equipamiento Portuario y/o implementar tecnologías de información y comunicación, sean de una Etapa o de un Componente Funcional o de una Inversión Obligatoria, Inversión en Función a la Demanda o adelanto de ella, Inversión Complementaria o de una Inversión Discrecional. Una Obra requiere dirección técnica y Expediente Técnico aprobado.

Para estos efectos se considerará como Componente Funcional a una parte de una Etapa que cumpla las siguientes características:

- *A su culminación puede operar como un sistema que permite brindar servicios portuarios;*
- *Su operación no debe obstaculizar la ejecución del resto de las Obras;*
- *La ejecución del resto de las Obras no debe obstaculizar la operación ni modificar el Componente Funcional;*

- *Se encuentra calificado expresamente como Componente Funcional en el correspondiente Expediente Técnico aprobado por la APN.*
[Subrayado agregado]

39. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el séptimo párrafo del Apéndice I del Anexo 9 del Contrato de Concesión, la Obra de Dragado Inicial es un Componente Funcional de la Etapa 1, por lo cual forma parte de las Inversiones Obligatorias y requiere Expediente Técnico, como se muestra a continuación:

“Anexo 9
(...)
- **Dragado Inicial**
(...)

En un plazo máximo de 12 meses contados desde la Toma de Posesión, el TPMS deberá contar con la profundidad antes señalada. Dicho plazo comprende la ejecución de todas las actividades que resulten necesarias, entre ellas la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial correspondiente. La Explotación de este Componente Funcional deberá realizarse luego de suscrita la correspondiente Acta de Recepción de Obra.

(...)”
[Subrayado agregado]

40. Respecto al Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias y Expediente de Dragado Inicial debemos indicar lo siguiente:

- La ejecución de las Inversiones Obligatorias - Etapas 1 y 2 - requiere la existencia de un único Expediente Técnico que excluye la Obra de Dragado Inicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto de la sección I del Anexo 6:

“Anexo 6
TERMINO DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO
I. CONSIDERACIONES GENERALES

(...)
La formulación del Expediente Técnico correspondiente a las Etapas 1 y 2, Inversiones Obligatorias, con excepción del dragado inicial, se realizará en un único documento, por lo que su presentación y aprobación se realizará de manera conjunta.”

[Subrayado agregado]

- En ese sentido, para la Obra de Dragado Inicial se requiere otro expediente denominado “Expediente de Dragado Inicial”, al cual se le aplican los procedimientos, penalidades y disposiciones dispuestas para el Expediente Técnico en lo que le sea compatible, de conformidad con el numeral 1.19.55, así como con los párrafos sexto y séptimo de la sección I del Anexo 6 del Contrato de Concesión, los cuales se citan a continuación:

“1.19.55 Expediente Técnico

Es el documento elaborado por el CONCESIONARIO que contiene la información necesaria para permitir la ejecución y supervisión de la Obra, la identificación de cada una de las partidas descritas en dicho Expediente Técnico, las especificaciones que deberán ser cumplidas para que cada una de dichas partidas sea considerada como culminada, el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obra materia de dicho expediente así como los demás términos propuestos en el Anexo 6 del presente Contrato.

(...)

Para el caso del Expediente de Dragado Inicial, este podrá utilizar los estudios hidrográficos y geotécnicos existentes, debiendo efectuar los

cálculos de la volumetría determinados por la batimetría actualizada, así como el contenido mínimo del Expediente Técnico indicado anteriormente. Adicionalmente, los expedientes referidos al dragado de mantenimiento deberán contemplar el mismo contenido que el Expediente de Dragado Inicial. Serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos, penalidades y disposiciones dispuestas para el Expediente Técnico.

[Subrayado agregado]

“Anexo 6

TERMINO DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

A partir de la Toma de Posesión, el dragado inicial y el dragado de mantenimiento, previa entrega y aprobación del Expediente de Dragado Inicial, se efectuará contando con la certificación ambiental vigente o modificada por el CONCESIONARIO.

Asimismo, a partir de la Toma de Posesión, el CONCESIONARIO contará con un plazo máximo de doce (12) meses para culminar con el dragado inicial que llevará al TPMS a contar con una profundidad (...). Este plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente Técnico de Dragado Inicial. Serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos, penalidades y demás disposiciones para el Expediente Técnico en tanto resulten compatibles.

[Subrayado agregado]

- Asimismo, de acuerdo con el primer párrafo de la cláusula 6.2 del Contrato de Concesión el Concesionario debe presentar a la APN, el Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias en un plazo no mayor a 12 meses contados a partir de la Fecha de Cierre.

“6.2. El Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias deberá ser presentado a la APN para su aprobación en un plazo no mayor a doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre.”

- En esa misma línea, el Concesionario está obligado a contar con el referido expediente debidamente aprobado en un plazo no mayor a 22 meses contados desde la Fecha de Cierre, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula 6.2 y tercer párrafo del Apéndice I del Anexo 9 del Contrato de Concesión.

“6.2. (...)

El CONCESIONARIO deberá contar con el Expediente Técnico debidamente aprobado por la APN, en los siguientes plazos máximos:

- *Veintidós (22) Meses contados desde la Fecha de Cierre, el Expediente Técnico correspondiente a las Inversiones Obligatorias.”*

“Anexo 9

(...)

Asimismo, el CONCESIONARIO deberá contar con el Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias debidamente aprobado por la APN en un plazo no mayor a veintidós (22) meses contados a partir de la Fecha de Cierre.”

41. Tomando en consideración que la suscripción del Contrato de Concesión se dio el 01 de octubre de 2018, se tiene que el plazo para la presentación del denominado Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias vence el 01 de octubre de 2019, cuando se cumplen los 12 meses a partir de la Fecha de Cierre; asimismo, el Concesionario está obligado a contar con el denominado Expediente Técnico de las

Inversiones Obligatorias debidamente aprobado en un plazo que vence el 01 de agosto de 2020, cuando se cumplen los 22 meses a partir de la Fecha de Cierre.

42. Respecto al Financiamiento o Cierre Financiero, es conveniente precisar lo siguiente:

- Para el inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias se requiere haber acreditado, de corresponder, entre otros requisitos, contar con el Expediente Técnico y Cierre Financiero, de conformidad con la Cláusula 6.9 del Contrato de Concesión que señala lo indicado a continuación:

“6.9. El inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o el adelanto de estas, o de las Inversiones Complementarias o de las Inversiones Discrecionales, en lo que corresponda, se realizará siempre que el CONCESIONARIO acredite haber cumplido con las siguientes condiciones:

(...)

b) Contar con el correspondiente Expediente Técnico aprobado por parte de la APN;

(...)

g) Haber acreditado el cierre financiero según lo dispuesto en la Cláusula 6.31 del presente Contrato.

(...)

Para efectos del inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), el CONCESIONARIO deberá acreditar en un solo momento, el cumplimiento de las condiciones señaladas anteriormente, lo cual incluye la acreditación de un cierre financiero por ambas etapas.

(...)

[Subrayado agregado]

- Al respecto, el procedimiento para la acreditación del cierre financiero que, de ser el caso, corresponda, debe hacerse en un plazo máximo de 06 meses de aprobado el respectivo Expediente Técnico y requiere una solicitud del Concesionario a PROINVERSIÓN con copia al Concedente, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión, conforme se citan a continuación:

“6.31. El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto, consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

(i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s); y/o

(ii) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);

(iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

(...)

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad de cierre financiero a PROINVERSIÓN, acompañando toda la documentación que resulte relevante así como la requerida por las Leyes y Disposiciones Aplicables. El CONCESIONARIO deberá remitir copia de su solicitud al CONCEDENTE, para conocimiento.

PROINVERSIÓN emitirá su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud del CONCESIONARIO, para la emisión de su conformidad.

Para los efectos de la evaluación, PROINVERSIÓN podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada a PROINVERSIÓN, de manera completa y a satisfacción de PROINVERSIÓN por parte del CONCESIONARIO, se reanudará el plazo para que PROINVERSIÓN emita su pronunciamiento.

(...)"

[Subrayado agregado]

43. En tal sentido, de lo precisado en los párrafos precedentes se tiene que respecto a los plazos contemplados en el Contrato de Concesión para las Inversiones obligatorias, tenemos que:

- La obra de Dragado Inicial debe darse dentro del plazo de 12 meses a partir de la Toma de Posesión, plazo que vence el 30 de octubre de 2019⁶
- La presentación del Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias debe darse dentro del plazo de 12 meses a partir de la Fecha de Cierre⁷, plazo que vence el 1 de octubre de 2019.⁸
- La aprobación del Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias debe darse dentro del plazo de 22 meses a partir de la Fecha de Cierre, plazo que vence el 1 de agosto de 2020.⁹
- La acreditación del financiamiento de las Inversiones Obligatorias debe darse en un plazo máximo de 06 meses de aprobado el Expediente Técnico, plazo que vence el 01 de febrero de 2021.¹⁰
- El inicio de ejecución de las Inversiones Obligatorias debe darse a los 30 meses de la Fecha de Cierre, plazo que vence el 1 de abril de 2021.¹¹

Concepto	Culminación de la Obra de Dragado Inicial	Presentación de ET (Etapa 1 y 2)	Aprobación de ET (Etapa 1 y 2)	Acreditación Financiamiento (Etapa 1 y 2)	Inicio de ejecución (Etapa 1 y 2)
Fecha Base (FB)	Toma de Posesión (30 Oct 2018)	Fecha de Cierre (1 Oct 2018)	Fecha de Cierre (1 Oct 2018)	Aprobación de ET (1 Ago 2020)	Fecha de Cierre (1 Oct 2018)
Plazo máximo	FB + 12 meses	FB + 12 meses	FB + 22 meses	FB + 06 meses	FB + 30 meses

⁶ Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión.

⁷ "1.19.57 Fecha de Cierre

Es el día en que se suscribe el Contrato por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en la hora y lugar dispuestos para tal efecto."

⁸ Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión – 1er párrafo.

⁹ Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión – 3er párrafo.

¹⁰ Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión – 1er párrafo.

¹¹ Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión – 2do párrafo.

Base Contractual	Anexo 9 (Apéndice 1)	Cláusula 6.2 (primer párrafo) y Anexo 9 (Apéndice 1, segundo párrafo)	Cláusula 6.2 (segundo párrafo) y Anexo 9 (Apéndice 1, tercer párrafo)	Cláusula 6.31	Cláusula 6.10
Se cumple	30 Oct 2019	1 Oct 2019	1 Ago 2020	1 Feb 2021	1 Abr 2021

❖ **Evaluación de las tres posibles lecturas**

- **LECTURA 1: Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas las Obras de Dragado Inicial**

44. Esta lectura se basa en el hecho de que el tercer párrafo de la cláusula 6.9 señala lo siguiente:

“6.9 El inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o el adelanto de estas, o de las Inversiones Complementarias o de las Inversiones Discrecionales, en lo que corresponda, se realizará siempre que el CONCESIONARIO acredite haber cumplido con las siguientes condiciones:

(...)

b) Contar con el correspondiente Expediente Técnico aprobado por parte de la APN;

(...)

g) Haber acreditado el cierre financiero según lo dispuesto en la Cláusula 6.31 del presente Contrato.

(...)

Para efectos del inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), el CONCESIONARIO deberá acreditar en un solo momento, el cumplimiento de las condiciones señaladas anteriormente, lo cual incluye la acreditación de un cierre financiero por ambas etapas. (...)

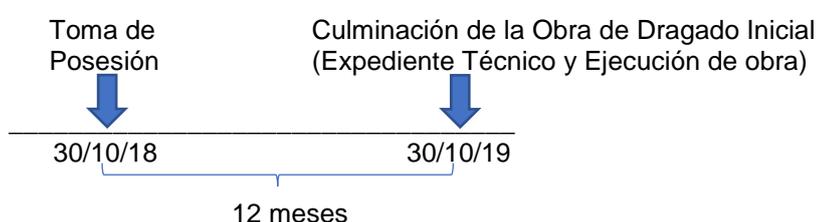
[Subrayado agregado]

45. De la lectura de la cláusula citada se desprende que cuando en ella se establece que el Concesionario deberá cumplir, en un solo momento, con acreditar el Cierre Financiero de las Inversiones Obligatorias, se hace referencia claramente a las Etapas 1 y 2, pues como se ha indicado previamente, ambas etapas, con excepción de la Obra de Dragado Inicial, deben contener un único Expediente Técnico, de acuerdo a lo señalado en el Anexo 6 del Contrato de Concesión. En ese sentido, se exige, también, que se acredite en un solo momento, un cierre financiero por las Etapas 1 y 2. Por lo que, debe entenderse que la obligación de acreditar el cierre financiero no se extiende a la Obra de Dragado Inicial; en consecuencia, dicha lectura debe ser descartada.
46. Sumado a ello, es necesario traer a colación lo establecido en el segundo párrafo del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, en el que se establece que “*El CONCESIONARIO deberá presentar el Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias –con excepción del dragado inicial que cuenta con su propio Expediente de Dragado Inicial – a la APN, para su aprobación, en un plazo máximo de doce (12) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre.*”. De lo citado, se desprende que para la ejecución de las Inversiones Obligatorias, el Concesionario deberá presentar dos Expedientes Técnicos, uno correspondiente a la Obra de Dragado Inicial y otro referido a las Etapas 1 y 2, con lo cual, no se cumpliría la obligación de realizar el cierre financiero en un sólo momento, pues se cuenta con dos Expedientes Técnicos que deben ser presentados y aprobados en plazos distintos. Por lo tanto, se evidencia que

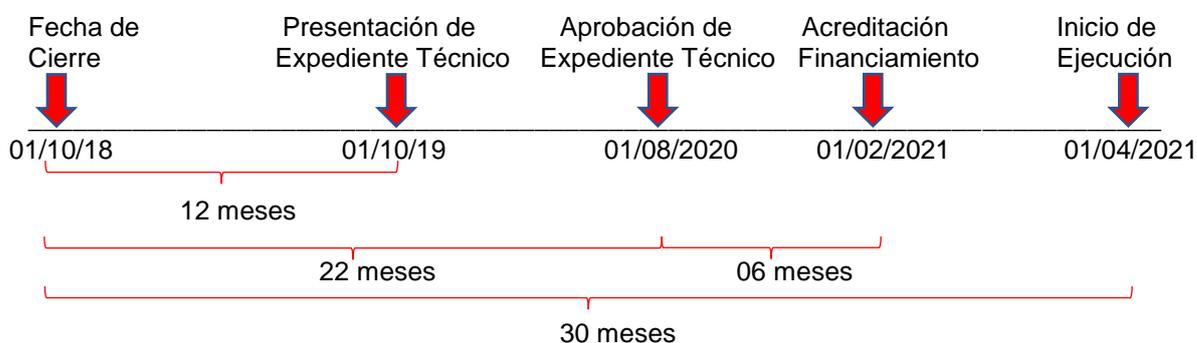
la exigencia de que se realice un solo cierre financiero para las Etapas 1 y 2, no incluye la Obra de Dragado Inicial, que cuenta con un expediente técnico exclusivo.

47. Por otro lado, en este contexto, considerar que se requiere un sólo cierre financiero para las Inversiones Obligatorias incluida la Obra de Dragado Inicial, implicaría que el Concesionario, no sólo deba acreditar en un sólo momento el cierre financiero sino también el cumplimiento de las demás condiciones señaladas en la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión, que incluye el contar con el correspondiente Expediente Técnico aprobado, lo cual se cumpliría en un plazo que vence el 1 de agosto de 2020 (22 meses contados desde la Fecha de Cierre), hecho que no resulta compatible con el plazo para culminar con La Obra de Dragado Inicial, que vence el 30 de octubre de 2019 (12 meses desde la Toma de Posesión); por lo que, considerando que el plazo para la aprobación del Expediente Técnico para las Etapas 1 y 2 excede el plazo con el que se cuenta para culminar con la Obra de Dragado Inicial, resulta inviable el cumplimiento de dichas obligaciones de manera conjunta y la lectura 1 debe ser descartada.

Obra de Dragado Inicial



Obra de Etapa 1 y 2



- **LECTURA 2: Se requiere un cierre financiero específico para la Obra de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo la Obra de Dragado Inicial**

48. Esta lectura se basa en el hecho de que la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión hace referencia a que el Concesionario debe acreditar el financiamiento del Expediente Técnico que corresponda. En efecto, dicha cláusula señala lo siguiente:

“6.31 El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto, consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

- (i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s); y/o
- (ii) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);
- (iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

(...)

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad de cierre financiero a PROINVERSIÓN, acompañando toda la documentación que resulte relevante así como la requerida por las Leyes y Disposiciones Aplicables. El CONCESIONARIO deberá remitir copia de su solicitud al CONCEDENTE, para conocimiento.

PROINVERSIÓN emitirá su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud del CONCESIONARIO, para la emisión de su conformidad.

Para los efectos de la evaluación, PROINVERSIÓN podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada a PROINVERSIÓN, de manera completa y a satisfacción de PROINVERSIÓN por parte del CONCESIONARIO, se reanuda el plazo para que PROINVERSIÓN emita su pronunciamiento.

(...)"

[Subrayado agregado]

- 49. En este contexto, considerando que la Obra de Dragado Inicial tiene un Expediente Técnico y que el resto de las Inversiones Obligatorias tendrá su propio Expediente Técnico, resultaría para cada uno de ellos necesario realizar la acreditación de financiamiento, con lo cual se tendría que tener dos Cierres Financieros.
- 50. Sin embargo, esta Lectura no se condice con lo establecido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, en el que se establecen diferentes obligaciones para el Concesionario tanto para la Obra de Dragado Inicial como para las Etapas 1 y 2, como se muestra a continuación:

"Anexo 9

(...)

Etapa 1

(...)

- Dragado Inicial:

(...)

En un plazo máximo de doce (12) meses contados desde la Toma de Posesión el TPMS deberá contar con la profundidad antes señalada. **Dicho plazo comprende la ejecución de todas las actividades que resulten necesarias, entre ellas la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial correspondiente.**

(...)

Asimismo, contempla la siguiente Obra:

-Implementación de sistemas informáticos integrales de gestión operativa y administrativa.

-Reparación del Muelle 2:

(...)

-Construcción de silos para maíz y trigo

(...)

La Obra antes señalada deberán [Sic.] ser ejecutadas por el CONCESIONARIO, en su totalidad, en un plazo máximo de sesenta (60) Meses contados desde la Fecha de Cierre.

Dicho plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente Técnico, obtención y acreditación del cierre financiero, la Construcción, adquisición e instalación de Equipamiento Portuario, (...).

Etapas 2

(...)

La Obra antes señaladas deberán ser ejecutadas por el CONCESIONARIO, en su totalidad, en un plazo máximo de sesenta (60) Meses contados desde la Fecha de Cierre.

Dicho plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente Técnico, obtención y acreditación del cierre financiero, la Construcción, adquisición e instalación de Equipamiento Portuario, las pruebas de operación y puesta en marcha y la suscripción del Acta de Recepción de Obra de la Etapa 2.”

[Subrayado agregado]

51. Como se muestra en el referido anexo, para la Obra de Dragado Inicial se otorga un plazo de ejecución de doce meses el cual comprende la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial; sin embargo, para las Etapas 1 y 2 se les otorga el plazo de sesenta meses y se especifica que dicho plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente Técnico y también la obtención y acreditación del cierre financiero, con lo cual se evidencia la existencia de plazos y procedimientos diferenciados entre el Componente Funcional (Dragado Inicial) y las Etapas 1 y 2. Por lo que, de una lectura integral de las cláusulas citadas en el presente informe, se desprende que la Obra de Dragado Inicial cuenta con un tratamiento diferenciado de las Etapas 1 y 2 y no se contempla la obligación de obtener y acreditar el cierre Financiero.
 - **LECTURA 3: No se requiere un cierre financiero para las Obras de Dragado Inicial**
52. De conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, dado que el Dragado Inicial es una Obra – componente funcional - que para fines del Expediente Técnico tiene un tratamiento particular en el Contrato separado del denominado Expediente Técnico de Inversiones Obligatorias (que incluyen las Etapas 1 y 2 excluyendo la Obra de Dragado Inicial); sumado a que el plazo para la aprobación del Expediente Técnico para las Etapas 1 y 2 excede el plazo con el que se cuenta para culminar con la Obra de Dragado Inicial, resultando inviable el cumplimiento de dichas obligaciones de manera conjunta; y considerando que la obligación de acreditar el cierre financiero, a diferencia de las Etapas 1 y 2, no se extiende a la Obra de Dragado Inicial, ya que en el Contrato de Concesión se estipulan plazos y procedimientos diferenciados entre dichas Obras; consideramos que debe interpretarse el Contrato de Concesión conforme a la lectura 3 en la que se establece que no se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial.
53. No obstante lo analizado en los párrafos precedentes, debemos indicar que a través de la Carta N° 069-2018/STI/GG recibida por OSITRAN el 22 de noviembre de 2018, el Concesionario remitió el Contrato de Mutuo celebrado entre la empresa Trabajos Marítimos S.A. y el Concesionario, con el cual se les concede un préstamo ascendente a la suma de USD 13'000,000.00 (Trece Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América), a efecto de que la destine en su actividad social; con un interés del 5.27 % anual, por el plazo de 365 días contados a partir del primer desembolso.

54. Al respecto, se observa que en el Contrato de Mutuo, el Concesionario no ha otorgado garantía alguna de bienes o derechos sobre la Concesión. En ese sentido, resulta indispensable precisar que la presente interpretación se realiza a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre la Concesión.

IV. CONCLUSIONES

55. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2018-CD-OSITRAN del 10 de diciembre de 2018, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, en tanto que se advierten tres posibles lecturas:

- **Posición 1:** Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas la Obra de Dragado Inicial
- **Posición 2:** Se requiere un cierre financiero específico para la Obra de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo la Obra de Dragado Inicial.
- **Posición 3:** No se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial.

56. Conforme se aprecia de la literalidad de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión no permite determinar indubitablemente si para la Obra de Dragado Inicial el Concesionario debe acreditar el financiamiento para ejecutarlo, por lo que no cabe la interpretación literal de las referidas cláusulas, debiendo recurrir a otros métodos de interpretación como el método sistemático, el cual consiste en que por comparación con otras cláusulas, se busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. Método que se encuentra contemplado en los Lineamientos para la Interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

57. De conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, dado que el Dragado Inicial es una Obra – componente funcional - que para fines del Expediente Técnico tiene un tratamiento particular en el Contrato separado del denominado Expediente Técnico de Inversiones Obligatorias (que incluyen las Etapas 1 y 2 excluyendo la Obra de Dragado Inicial); sumado a que el plazo para la aprobación del Expediente Técnico para las Etapas 1 y 2 excede el plazo con el que se cuenta para culminar con el Dragado Inicial, resultando inviable el cumplimiento de dichas obligaciones de manera conjunta; y considerando que la obligación de acreditar el cierre financiero, a diferencia de las Etapas 1 y 2, no se extiende a la Obra de Dragado Inicial, ya que en el Contrato de Concesión se estipulan plazos y procedimientos diferenciados entre dichas Obras; consideramos que debe interpretarse el Contrato de Concesión conforme a la lectura 3 en la que se establece que no se requiere un cierre financiero para la Obra de Dragado Inicial.

58. En el Contrato de Mutuo suscrito entre las empresas Salaverry Terminal Internacional S.A. y Trabajos Marítimos S.A., el Concesionario no ha otorgado garantía alguna de bienes o derechos sobre la Concesión. En ese sentido, resulta indispensable precisar que la presente interpretación se realiza a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre la Concesión.

59. En ese sentido, proponemos la siguiente interpretación respecto de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, en relación con el Cierre Financiero para la Obra de Dragado Inicial y las Inversiones Obligatorias, acorde a la Lectura 3:

“Se requiere un único cierre financiero para las Inversiones Obligatorias excluidas la Obra de Dragado Inicial.

La obra de Dragado Inicial no requiere cierre financiero.

La presente interpretación se establece a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre bienes o derechos de la Concesión.”

V. RECOMENDACIÓN

60. Se recomienda elevar el presente Informe ante el Consejo Directivo, a fin de que dicho cuerpo colegiado resuelva interpretar las Cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión relacionadas con el Cierre Financiero para la Obra de Dragado Inicial y las Inversiones Obligatorias en el siguiente sentido:

“Se requiere un único cierre financiero para las Inversiones Obligatorias excluidas la Obra de Dragado Inicial.

La obra de Dragado Inicial no requiere cierre financiero.

La presente interpretación se establece a condición de que el Concesionario no otorgue ninguna garantía sobre bienes o derechos de la Concesión.”

Atentamente,

CARLOS ALIAGA CALDERÓN

Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JORGE ARTOLA GRADOS

Gerente de Asesoría Jurídica (e)

NT N° 2019010410