



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 024-2013-CD-OSITRAN

Lima, 27 de mayo de 2013

VISTOS:

El Oficio N° 828-2013-MTC/25, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Informe N° 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, de las Gerencias de Regulación, y Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Oficio N° 326-2013-MTC/25, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el Concedente), solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN, la interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (El Contrato de Concesión);

Que, mediante Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN¹, sobre la base del Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró improcedente la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, presentada por el Concedente; destacando que dichas cláusulas son claras y no ofrecen dudas sobre su aplicación;

Que, mediante Oficio N° 828-2013-MTC/25, el Concedente reitera su pedido de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, manifestando que de la lectura de dichas cláusulas se llega a dos fechas distintas de inicio de ejecución de las Obras de la Segunda Etapa;

Que, la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece que: "(...) La segunda etapa se ejecutará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa o, cuando se verifique por cuatro años consecutivos que el promedio anual de Ejes Cobrables, medidos en la estación de Paraíso (Huacho) Km. 138,500 R1N conforme se define en la cláusula 8.14 de este Contrato, sea igual o superior a Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) de Ejes Cobrables, lo que ocurra primero. (...)".

Que, por su parte, la cláusula 6.7 dispone: "(...) La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa (...)".

Que, considerando lo anterior, en el Informe N° 016-2013-GRE-GAL-OSITRAN, que este Consejo Directivo hace suyo, se resalta que conforme a la declaración de las Partes expresada en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, el período de tiempo para verificar que el promedio anual de ejes cobrables sea igual o superior a 6,5 millones en la estación de peaje de Paraíso (Huacho), es cuatro años consecutivos; no advirtiéndose en modo alguno dos diferentes formas de calcular dicho

¹ Notificada a las Partes con fecha 22 de marzo de 2013, mediante Oficio Circular N° 012-13-SCD-OSITRAN.



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

promedio; y por consiguiente, tampoco se llega a dos fechas distintas de Inicio de Ejecución de la Segunda Etapa, como sugiere el Concedente;

Que, en ese orden de ideas, atendiendo a que los términos de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión son claros y no ofrecen dudas sobre su aplicación, las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN recomiendan a este Órgano Colegiado, que la solicitud del Concedente sea desestimada en todos sus extremos, confirmándose el acto administrativo contenido en la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DESESTIMAR en todos sus extremos la solicitud presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN; por consiguiente, CONFIRMAR dicha Resolución y el Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN que la sustenta.

Artículo 2°.- REITERAR la exhortación al Concedente a cumplir con la entrega de los terrenos necesarios para la Segunda Etapa, y al Concesionario actuar con la diligencia necesaria, para cumplir oportunamente con su obligación de construir la Segunda Etapa, toda vez que, si continúa la tendencia de tráfico registrada en el presente año, deberá iniciar su ejecución el año 2014.

Artículo 3°.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A.; precisándose que agota la vía administrativa, no procediendo por tanto, ningún recurso en esta vía.

Artículo 4°.- Hacer de conocimiento de la Gerencia de Supervisión la presente Resolución y el Informe N° 016-GRE-GAL-OSITRAN, para los fines correspondientes de acuerdo a Ley.

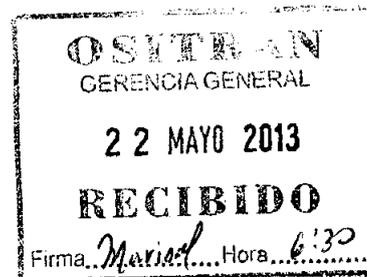
Artículo 5°.- AUTORIZAR la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° 14608-2013

INFORME N° 016-13-GRE-GAL-OSITRAN



A : **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General

De : **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho
- Pativilca

Fecha : 22 de mayo de 2013

I. OBJETO

1. El objetivo del presente Informe es emitir un pronunciamiento con relación a la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión, presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto a las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión de Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

II. ANTECEDENTES

2. El 15 de enero de 2013, se suscribió el Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca (el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A. (en adelante NORVIAL o el Concesionario).
3. El 22 de febrero de 2013, el Concedente solicitó la Interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, indicando que de acuerdo a lo señalado por el Concesionario, el Contrato de Concesión no ha definido el periodo que se debe utilizar para calcular cada uno de los promedios a que hacen referencia las mencionadas cláusulas.
4. El 22 de marzo de 2013, mediante Oficio Circular N° 012-13-SCD-OSITRAN, se notificó al Concedente y al Concesionario, la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, por la cual, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró improcedente la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
5. El 11 de abril de 2013, mediante Oficio N° 606-2013-MTC/25, el Concedente se pronunció sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-CD-OSITRAN, y reiteró su solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, manifestando que existen dos posiciones distintas relacionadas con el inicio de la ejecución de las Obras de la Segunda Etapa.



III. ANALISIS

6. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- A. Naturaleza y admisibilidad de la solicitud.
- B. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- C. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.
- D. Criterios aplicables según el Contrato de Concesión.
- E. Lo que establece el Contrato de Concesión.
 - E.1. Cuestión Previa: Asignación de Riesgos.
 - E.2 Lo que establece el Contrato.
- F. La solicitud de Interpretación contenida en el Oficio N° 326-2013-MTC/25.
- G. Lo resuelto por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN.
- H. Análisis y evaluación del Recurso de Reconsideración contenido en el Oficio N° 606-2013-MTC/25.

A. Naturaleza y admisibilidad de la solicitud

- 7. En primer lugar, debe tenerse presente que mediante la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, el Regulador declaró improcedente la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, pues según el Consejo Directivo, estas resultan claras y no ofrecen dudas sobre su aplicación.
- 8. Dicha Resolución y el Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN que la sustenta, fueron notificados al Concedente y a la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A., mediante Oficio Circular N° 012-13-SCD-OSITRAN, el día 22 de marzo de 2013.
- 9. Sin embargo, a través del Oficio N° 606-2013-MTC/25, el Concedente manifiesta que de la lectura de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, se llegaría a dos fechas de inicio de la ejecución de las Obras de la Segunda Etapa, por lo cual reitera su solicitud de interpretación (declarada improcedente) del Contrato de Concesión, contenida en el Oficio N° 326-2013-MTC/25.
- 10. En tal virtud, puede colegirse válidamente que el Concedente está ejerciendo su derecho de contradicción contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, y el Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN; precisándose que el Oficio N° 606-2013-MTC/25, califica como un Recurso Administrativo de Reconsideración, el mismo que no requiere nueva prueba, al constituir el Consejo Directivo de OSITRAN, única instancia en materia de interpretación del Contrato de Concesión.
- 11. En ese contexto, si bien el Concedente no ha señalado expresamente en su solicitud, que está presentando un Recurso de Reconsideración, en atención a lo previsto en el numeral 3 del artículo 75° de la Ley N° 27444, que dispone que la autoridad administrativa debe encausar de oficio el procedimiento cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, se debe encausar el Oficio N° 606-2013-MTC/25 como un Recurso Administrativo de Reconsideración.

Con relación a lo anterior, cabe destacar que el Oficio N° 606-2013-MTC/25, mediante la cual el Concedente se pronuncia respecto de la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, fue



presentado dentro del plazo de 15 días perentorios¹ previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPGA), cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 113° del referido cuerpo legal.

13. No obstante, debe precisarse que la verificación del cumplimiento de los requisitos formales mencionados, no representan conformidad alguna sobre la exposición de los hechos y/o la fundamentación técnica remitida; por tanto, la evaluación correspondiente vinculada a la solicitud de interpretación presentada por el Concedente, será realizada en las secciones siguientes.

B. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

14. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga al OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
15. En efecto, el marco normativo regulatorio, que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre ellas, la empresa concesionaria NORVIAL S.A., establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión de infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga al Concesionario el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.
16. De otro lado, el inciso d) del artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, 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. Además, la norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.
17. También es importante destacar que, siendo un acto administrativo, la decisión que adopte el Regulador sólo podrá ser impugnada a través de la vía contencioso administrativo, conforme a lo previsto en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, el artículo 3° del TUO de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
18. En tal sentido, acorde con el marco constitucional y legal glosado, no podrá ser objeto de arbitraje la decisión que dicte el Regulador, en el presente caso, en ejercicio de su competencia de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

C. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

19. Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión"

¹ Al respecto, cabe señalar que la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN y el Informe N° 002-2013-CD-OSITRAN, fue notificado a las Partes, mediante Oficio Circular N° 012-13-SCD-OSITRAN, el 22 de marzo de 2013.



(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.

20. 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.
21. 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, detecta la intención del promotor de la inversión privada.
22. En caso un aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato no haya sido definido por éste, OSITRAN aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. Si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis, OSITRAN aplicará la analogía, la cual podrá utilizarse siempre que no hubiese una previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente. No obstante, en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.
23. De otro lado, además de lo establecido en las reglas de interpretación dispuestas por el Consejo Directivo, debemos considerar que más allá de la naturaleza particular y relativamente compleja de los Contratos de Concesión, éstos son, en principio, contratos como cualquier otro.
24. Los contratos ayudan a generar confianza en los inversionistas, ya que el Estado asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y no reclama, salvo excepciones, poderes o facultades especiales. Dado que existe en la legislación vigente una serie de reglas aplicables a los contratos en general, lo recomendable es que se utilicen estas reglas de interpretación, de manera conjunta o complementaria con los lineamientos antes comentados, sin perder de vista que nos encontramos ante un Contrato de Concesión en el que se encuentra inmerso el interés público.
25. En atención a lo expuesto, como regla general y salvo que se establezca excepción alguna, en el mismo contrato, las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en los Artículos 168º a 170º del Código Civil son aplicables de manera inmediata, coincidiendo sustancialmente con los principios y criterios establecidos en los Lineamientos aprobados por OSITRAN.



D. Criterios aplicables según el Contrato de Concesión

26. En el caso que nos aborda, las cláusulas 15.3 a 15.9 del Contrato de Concesión establecen los siguientes criterios para resolver divergencias de las partes en la interpretación del Contrato:

"15.3.- En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- a) El Contrato; y,*
- b) Las Bases.*

15.4.- 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.

15.5.- Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.

15.6.- 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.

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

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

15.9.- Todas aquellas Tarifas, costos, gastos y similares a que tenga derecho la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación del Servicio deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes Aplicables y a los términos del Contrato".

27. En este punto, debemos precisar que, si la cláusula contractual resulta clara, el Regulador deberá proceder a señalar dicha circunstancia.

E. Lo que establece el Contrato de Concesión

E.1. Cuestión Previa: Asignación de Riesgos.

28. Antes de abordar y evaluar las cláusulas del Contrato, debe tenerse en consideración que uno de los principios fundamentales en el diseño de un contrato de concesión, reside en la asignación de riesgos entre las Partes involucradas.

29. En esta parte, conviene recordar que como señala parte de la doctrina, los contratos de concesión no constituyen Contratos de Adhesión, sino Contratos de Negociación Estructurada, donde las Partes a través de sus consultas y observaciones, van modificando y aclarando las versiones preliminares del contrato.

30. En ese orden de ideas, resulta necesario identificar cuáles son los riesgos que asumieron las Partes en el Contrato de Concesión que nos aborda. Para tal efecto, nos remitiremos a las Bases y al Contrato para poder conocer la voluntad de las Partes con respecto a las



"reglas de juego" que estaban dispuestos a cumplir de adjudicarse el Contrato de Concesión.

31. El artículo 31º de las Bases de la Concesión establece que la Oferta Económica es a riesgo y ventura de la Sociedad Concesionaria, quien deberá basar su decisión de presentar o no dicha Oferta en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, etc.
32. Con relación a lo anterior, en lo que corresponde a su Propuesta Técnica, las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, establecen el listado de las Obras y los plazos en los que el Concesionario se obligó a ejecutarlas, considerándose la inversión vinculada a dichas obras contenidas en el Expediente Técnico, con un carácter referencial.
33. En este esquema, la Sociedad Concesionaria asume el riesgo de la inversión vinculada a la construcción de las obras contenidas en el Expediente Técnico, en los plazos contractualmente establecidos.

E.2 Lo que establece el Contrato.

34. La cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, sobre las cuales se solicita la interpretación establecen:

"SECCIÓN VI: DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL

Obligaciones de la SOCIEDAD CONCESIONARIA

6.1.-La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a ejecutar las labores de Construcción, correspondientes a la Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, sin perjuicio de las actividades de Conservación y Mantenimiento a que se refiere la Sección VII. Las labores de Construcción serán ejecutadas en dos (02) etapas, las mismas que comprenderán las obras que a continuación se detallan:

En la primera etapa, cuya ejecución comenzará conforme a los plazos establecidos en la cláusula 6.7 del Contrato, se efectuará, como mínimo:

- (i) La construcción del Evitamiento Huacho-Primavera (Tramo 1, Calzada Oeste) y Desvío Ambar-Pativilca (Tramo 3, Calzada Este), construyéndose una sola calzada en dos sentidos.
- (ii) El reforzamiento de la calzada existente entre Primavera y el Desvío Ambar a nivel de acabado, como parte de la autopista
- (iii) Los intercambios Huacho y Pativilca, con las características definitivas.
- (iv) Los empalmes necesarios con las vías existentes, a efectos del adecuado funcionamiento del sistema vial, permitiendo un tránsito fluido.
- (v) La parte correspondiente a las calzadas que se construirán en esta etapa de los puentes Huaura y Pativilca, pudiendo la SOCIEDAD CONCESIONARIA a su criterio construir la cimentación total de los mismos.
- (vi) El reforzamiento del puente Supe, conforme a las recomendaciones realizadas por EL CONCEDENTE o el SUPERVISOR.



El monto de la Inversión Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 26 400 000,00 (Veintiséis millones cuatrocientos mil con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América.)

La segunda etapa se ejecutará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa o, cuando se verifique por cuatro (4) años consecutivos que el promedio anual de Ejes Cobrables, medidos en la estación de Paraíso (Huacho) Km. 138,500 R1N conforme se define en la cláusula 8.14 de este Contrato, sea igual o superior a Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) de Ejes Cobrables, lo que ocurra primero. La medición de Ejes Cobrables se efectuará conforme a lo establecido en la cláusula 8.23 de este Contrato. En esta etapa, que se ejecutará en un periodo máximo de dos (2) años se construirá lo siguiente:

(i) Las segundas calzadas que complementan la plataforma de la autopista.

(ii) Los intercambios restantes del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca.

(iii) Las calzadas y cimentación del Puente Supe.

(iv) Las estructuras faltantes de los puentes Huaura, Supe y Pativilca.

El monto de la Inversión Proyectada Referencial para dicha etapa asciende a un total de US\$ 35 000 000,00 (Treinta y Cinco Millones con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

La ejecución de las labores descritas comprende la construcción de autopistas, carreteras, segundas calzadas, puentes, intercambios viales, calles de servicio, accesos a caminos públicos de la red vial local, pasarelas peatonales, ciclovías e infraestructura de Servicios Obligatorios.

Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a ejecutar la infraestructura de seguridad, así como las labores de señalización y demarcación en los tramos bajo responsabilidad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

La ejecución de las labores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se efectuará siguiendo el criterio por etapas propuesto en la presente Cláusula, y según los diseños definitivos que presente la SOCIEDAD CONCESIONARIA o de acuerdo con el Estudio Definitivo de Ingeniería en caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida utilizar el Expediente a su propia cuenta y riesgo como se estipula en el numeral 6.2.

[El subrayado es nuestro]

35. Por su parte, la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión dispone:

Inicio de la Construcción, Informes de Avance y Medición

6.7.- La Construcción de las Obras de la primera etapa deberá iniciarse a más tardar a los dos años calendarios, contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.

La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa. El conteo para este propósito corresponderá a aquel señalado en la cláusula 8.23 del Contrato.

El plazo máximo de ejecución para cada sección, detallada en la cláusula 5.2 y para la segunda etapa descrita en la cláusula 6.1, es de dos (2) años. El plazo para la primera etapa será contado a partir de la fecha en que EL CONCEDENTE haya entregado a la SOCIEDAD CONCESIONARIA los



predios necesarios para la ejecución de las Obras de conformidad con lo establecido en la cláusula 5.2 del presente Contrato.

[El subrayado es nuestro]

F. La solicitud del Concedente contenida en el Oficio N° 326-2013-MTC/25

36. Conforme se advierte de la sección de antecedentes, a través del Oficio N° 326-2013-MTC/25, el Concedente solicitó que el Consejo Directivo de OSITRAN interprete las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión.
37. Según señaló el Concedente, dicha solicitud se sustentó en la Carta N° NOR466-12, que le fuera emitida por la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A., en la cual el Concesionario sostiene que el Contrato de Concesión no ha establecido el periodo de tiempo que debe utilizarse para calcular cada uno de los promedios a que hacen referencia las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión.
38. En el Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN, se especificó que de una breve lectura de la Carta N° NOR466-12, adjunta al Oficio N° 326-2013-MTC/25, se apreciaba los siguientes argumentos del Concesionario:

"En las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión se estableció que la Segunda Etapa se construiría a partir del momento en que se verifique por cuatro (4) años consecutivos que el promedio anual de Ejes Cobrables, medidos en la estación de Paraíso (Huacho) Km. 138,599 R1N conforme se define en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, sea igual o superior a 6'500,000 de Ejes Cobrables

Resulta Claro e indubitable de la lectura de las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, que se deben registrar cuatro (4) promedios en años consecutivos para que se cumpla con la condición para el inicio de la Segunda Etapa.

Sin embargo el Contrato de Concesión no especifica que período de tiempo se debe utilizar para hallar cada uno de esos promedios.

*Al no estar definido en el Contrato de Concesión el período de tiempo que se debe utilizar para calcular cada uno de los promedios a que hacen referencia las Cláusulas 6.1 y 6.7, existe una incertidumbre con relevancia jurídica de la mayor importancia, pues la definición del período de tiempo para calcular los promedios es determinante para establecer el momento a partir del cual es obligatorio el inicio de las Obras de la Segunda Etapa.
(...)"*

[El subrayado es nuestro]

39. Así, conforme se señaló en esa oportunidad, de la documentación adjunta al Oficio N° 326-2013-MTC/25, (Carta N° NOR466-12), se observó que Concesionario entendía que Contrato de Concesión, no especificaba qué período de tiempo debe utilizarse para hallar cada uno de los promedios señalados en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión.

G. Lo resuelto por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN

40. En relación a la aludida solicitud de interpretación del Contrato de Concesión presentada por el Concedente, el Consejo Directivo de OSITRAN, a través de la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, determinó lo siguiente:



"(...)

CONSIDERANDO

(...)

Que mediante Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, la administración señala que los términos de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión son claros y no ofrecen dudas sobre su aplicación, por lo que la solicitud formulada por el Concedente debe ser desestimada.

Que luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- *Declarar Improcedente la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.*

Artículo 2°.- *Notificar la presente Resolución y el Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones”.*

41. Tal como se advierte, sobre la base del Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, a través del referido acto administrativo, el Consejo Directivo señaló que los términos de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, son claros y no ofrecen dudas sobre su aplicación; declarando improcedente dicha solicitud de interpretación.

42. Con relación a lo anterior, a través del Oficio N° 606-2013-MTC/25, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones reitera su solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, bajo los argumentos que se expone y analiza en la siguiente sección.

H. Análisis y evaluación del Recurso de reconsideración contenido en el Oficio N° 606-2013-MTC/25

43. En el referido Oficio, el Concedente reitera su solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, manifestando:

"Sobre el particular, debemos señalar que existen dos posiciones distintas relacionadas con el inicio de la ejecución de la segunda etapa:

1.- *NORVIAL ha señalado, a través de la Carta N° NOR77-12, que al haberse superado los 6.5 millones de ejes en el 2011, y de mantenerse dicha cifra hasta el 2014, se estaría iniciando la construcción de la segunda etapa en enero del 2015.*

2.- *De otro lado, la conclusión N° 5 del Informe N° 015-2012-GRE-GAL-OSITRAN, respecto a la opinión de adelanto de inversiones del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca, señala que "De acuerdo a las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, sería*

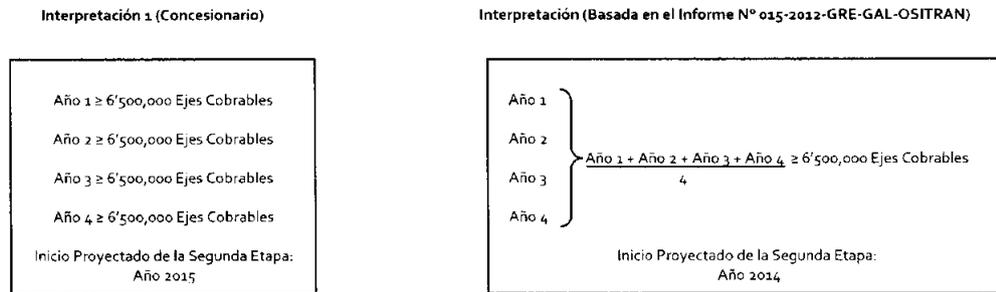


obligatorio iniciar la construcción de la Segunda Etapa en enero del 2014 y no enero del 2015 como señala NORVIAL”.

Estas dos posiciones se deben principalmente a la diferencia en la aplicación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, tal como se muestra en el siguiente esquema:

Esquema N° 1

Diferencias en la aplicación de la cláusula 6.1 y 6.7



Por lo expuesto, teniendo en cuenta que, de la lectura de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión se llega a dos fechas de inicio de la ejecución de la segunda etapa distintas, reiteramos a su representada nuestro Oficio N° 326-2013-MTC/25 y solicitamos al amparo de lo establecido en el artículo 7.1 inciso e) de la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transportes de Uso Público y del marco legal vigente para que, en vía de interpretación señale la fecha en la que la Sociedad Concesionaria NORVIAL, deberá dar inicio a la ejecución de la Segunda Etapa.”

[Subrayado agregado]

44. Al respecto, en primer término es pertinente recordar que al evaluar y analizar la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión formulada por el Concedente, el Consejo Directivo de OSITRAN, abordó la supuesta posición que tendría el Concesionario, respecto de la aplicación de las mencionadas cláusulas.
45. Ciertamente, entre otros, en los numerales 32, 33, 34, 35 y 37 del Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN, se consideró la incertidumbre que tendría el Concesionario, respecto a la aplicación de las referidas cláusulas, puesto que según expresó en esa oportunidad el Concedente, ese era el sustento de su solicitud de interpretación del Contrato de Concesión.

"32. Según señala el Concedente, dicha solicitud se sustenta en la Carta N° NOR466-12, que le fuera remitida por la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A., en la cual, el Concesionario sostiene que el Contrato de Concesión no ha establecido el periodo de tiempo que se debe utilizar para calcular cada uno de los promedios a que hacen referencia las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión.

33. Con relación a lo anterior, específicamente, de una breve lectura de la Carta N° NOR466-12, adjunta al Oficio N° 326-2013-MTC/25, se aprecia los siguientes argumentos del Concesionario:

"En las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión se estableció que la Segunda Etapa se construiría a partir del momento en que se verifique por cuatro (4) años consecutivos que el promedio anual de Ejes Cobrables, medidos en la estación de Paraíso (Huacho) Km. 138,599 R1N conforme se define en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, sea igual o superior a 6,500,000 de Ejes Cobrables.



Resulta claro e indubitable de la lectura de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, que se deben registrar cuatro (4) promedios en años consecutivos para que se cumpla con la condición para el inicio de la Segunda Etapa.

Sin embargo, el Contrato de Concesión no especifica que periodo de tiempo se debe utilizar para calcular cada uno de los promedios.

Al no estar definido en el Contrato de Concesión el periodo de tiempo que se debe utilizar para calcular cada uno de los promedios a que hacen referencia las cláusulas 6.1 y 6.7, existe una incertidumbre con relevancia jurídica de la mayor importancia, pues la definición del periodo de tiempo para calcular los promedios es determinante para establecer el momento a partir del cual, es obligatorio el inicio de las Obras de la Segunda Etapa."

34. Conforme se advierte, según el Concesionario, el Contrato de Concesión no especifica qué periodo de tiempo se debe utilizar para hallar cada uno de los promedios señalados en las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión.

(...)

37. Ahora bien, de la documentación adjunta a la solicitud del Concedente, se observa que para el Concesionario resultaría claro e indubitable de la lectura de las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, que se deben registrar cuatro (4) promedios en años consecutivos para que se cumpla la condición para el inicio de la Segunda Etapa; sin embargo, a su entender, en el Contrato no se especifica qué periodo de tiempo se debe utilizar para hallar cada uno de esos promedios."

[Subrayado agregado]

46. Asimismo, en esa línea de razonamiento, en los numerales 38, 39 y 40 del Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, que sustenta la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, se indicó expresamente, lo siguiente:

38. Sobre el particular, en las Cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión se contempla las condiciones para el inicio de Construcción de las Obras de la Segunda Etapa, como se indica: "6.1 (...) La segunda etapa se ejecutará a más tardar al inicio del año once (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa o, cuando se verifique por cuatro años consecutivos que el promedio anual de Ejes Cobrables, medidos en la estación de Paraíso (Huacho) Km. 138,500 R1N conforme se define en la cláusula 8.14 de este Contrato, sea igual o superior a Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) de Ejes Cobrables, lo que ocurra primero. (...)". Y "6.7 (...) La segunda etapa se construirá a partir del momento que el promedio de tráfico en el peaje Paraíso (Huacho) durante cuatro (4) años consecutivos, sea de Seis Millones Quinientos Mil (6 500 000) Ejes Cobrables o más. La segunda etapa se iniciará a más tardar al inicio del año (11) contado a partir de la fecha de puesta en Servicio de la totalidad de las Obras correspondientes a la primera etapa. El conteo para este propósito corresponderá a aquel señalado en la cláusula 8.23 del Contrato."

39. De una primera aproximación a las mencionadas cláusulas, se advierte que la Construcción de la Obras de la Segunda Etapa, se deberá realizar cuando se cumpla alternativamente cualquiera de las siguientes condiciones:

- (i) A más tardar al inicio del año (11), contado a partir de la fecha de puesta en servicio de la totalidad de las obras correspondientes a la primera etapa; o,
- (ii) Cuando se verifique que el promedio anual de ejes cobrables durante cuatro (4) años consecutivos, medidos en la estación de peaje de Paraíso, es igual o superior a 6,5 millones de ejes cobrables.

40. Evidentemente, el cumplimiento de la segunda condición alternativa, vinculada al tráfico, supone que se verifique que el promedio anual de ejes cobrables durante cuatro (4) años



consecutivos, medidos en la estación de peaje de Paraíso, es igual o superior a 6,5 millones de ejes cobrables, en un periodo de tiempo de cuatro años.

47. Como puede apreciarse, acorde con la declaración de las Partes expresada en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, el Consejo Directivo de OSITRAN, señaló expresamente que el periodo de tiempo para verificar que el promedio anual de ejes cobrables sea igual o superior a 6,5 millones, es cuatro años consecutivos.
48. Naturalmente, la ejecución de las Obras de la Segunda Etapa por parte del Concesionario se gatillará indefectiblemente el año 2014, siempre que el promedio anual durante cuatro (4) años consecutivos, sea superior o igual a 6 500 000 ejes cobrables en la estación de peaje de Paraíso (Huacho), cosa que ocurrirá si continúa la tendencia de tráfico registrada en el presente año.
49. Sobre el particular, es importante anotar que para que el promedio anual correspondiente a los últimos cuatro (4) años consecutivos (2010-2013), en la estación de peaje de Paraíso (Huacho) sea menor a 6 500 000 de ejes cobrables, el tráfico entre los meses de mayo a diciembre de 2013 tendría que disminuir en alrededor de 14% respecto del mismo periodo del año anterior; ello implicaría una disminución en el tráfico del año 2013 de 8,2%, situación bastante improbable considerando que en los primeros 4 meses del año (enero – abril) la tasa de crecimiento observada ha sido de 3,87% respecto del 2012 y en los últimos 5 años la menor tasa de crecimiento observada ha sido de 1,1%².
50. En tal sentido, es a todas luces evidente que lo concluido en el Informe N° 015-2012-GRE-GS-GAL-OSITRAN³, (invocado y presentado por el Concedente como parte del sustento de su solicitud) se ajusta a la expresa declaración de las Partes contenida en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, y lo determinado por el Consejo Directivo de OSITRAN, al desestimar la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión, a través de la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, y el Informe N° 002-13-GRE-GAL-OSITRAN.
51. La supuesta posición del Concesionario que señala el Concedente en el Esquema N° 1, contenido en su Oficio N° 606-2013-MTC/25, no sólo resulta inconsistente, sino, más aún, contraviene lo expresamente declarado en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, y las reglas de la Buena Fe y la común intención de las Partes, con las que debe ejecutarse éste y todo contrato, conforme a lo previsto en el artículo 1362° del Código Civil.
52. En ese contexto, es pertinente reiterar la exhortación⁴ al Concedente a cumplir con la entrega de los terrenos necesarios para la Segunda Etapa⁵, y al Concesionario actuar con

² La información de tráfico vehicular remitida por la propia empresa concesionaria y sobre la base de la cual se han realizado los cálculos, es la siguiente:

Tráfico anual en unidad de peaje de Paraíso
(2008- 2013^{1/})

Mes	Anual					Enero - Mayo	
	2008	2009	2010	2011	2012	2012	2013
Total Anual	5,380,683	5,441,152	5,974,447	6,552,672	7,024,737	2,276,223	2,364,220
Crecimiento Anual		1.1%	9.8%	9.7%	7.2%		3.9%

1/ Al mes de mayo

³ Al respecto, debemos resaltar que en el numeral 5 de las conclusiones del Informe N° 015-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, se señala: "5. De acuerdo a las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión sería obligatorio iniciar la construcción de la segunda etapa en enero de 2014, y no en enero de 2015 como señala NORVIAL (...)".

⁴ Realizada en el numeral 42 del Informe N° 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, que sustenta la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN.



la diligencia necesaria, para cumplir oportunamente con su obligación de construir la Segunda Etapa, toda vez que, si continúa la tendencia de tráfico registrada en el presente año, deberá iniciar su ejecución el año 2014.

53. Considerando lo anterior, y atendiendo a que toda interpretación debe estar orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación; al no observarse ambigüedad o falta de claridad en las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, debe desestimarse el Recurso de Reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, confirmándose la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN.
54. Finalmente, es necesario acotar que siendo el Consejo Directivo de OSITRAN, única y última instancia administrativa en la materia, el acto administrativo que emita respecto al Recurso de Reconsideración presentado por el Concedente, agotará la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso en esta vía.

IV. CONCLUSIÓN

55. Las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, referidas a las condiciones para el Inicio de Ejecución de las Obras de la Segunda Etapa, resultan claras y no ofrecen dudas sobre su aplicación, razón por la cual, el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, debe ser desestimado en todos sus extremos.

V. RECOMENDACIÓN

56. En virtud de lo expuesto en el presente Informe, recomendamos al Consejo Directivo de OSITRAN, desestimar el Recurso de Reconsideración presentado por el Concedente contra la Resolución N° 008-2013-CD-OSITRAN, confirmando lo resuelto en dicha Resolución.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

JCR/Jb

REG.SAL.13958-13

⁵ De existir predios pendientes de entrega.

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de mayo de 2013

Nº xxx-2013-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Oficio Nº 828-2013-MTC/25, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Informe Nº 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, de las Gerencias de Regulación, y Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Oficio Nº 326-2013-MTC/25, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el Concedente), solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN, la interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (El Contrato de Concesión);

Que, mediante Resolución Nº 008-2013-CD-OSITRAN¹, sobre la base del Informe Nº 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró improcedente la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, presentada por el Concedente; destacando que dichas cláusulas son claras y no ofrecen dudas sobre su aplicación;

Que, mediante Oficio Nº 828-2013-MTC/25, el Concedente reitera su pedido de interpretación de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión, manifestando que de la lectura de dichas cláusulas se llega a dos fechas distintas de inicio de ejecución de las Obras de la Segunda Etapa;

Que, mediante Informe Nº 016-2013-GRE-GAL-OSITRAN, la administración advierte que la mencionada solicitud del Concedente, califica como un recurso administrativo de reconsideración contra la Resolución Nº 008-2013-CD-OSITRAN, resaltando que los términos de las cláusulas 6.1 y 6.7 del Contrato de Concesión son claros y no ofrecen dudas sobre su aplicación, por lo que recomienda que dicho recurso sea desestimado en todos sus extremos, confirmándose el acto administrativo contenido en dicha Resolución;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe Nº 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley Nº 26917, por Acuerdo de Consejo Directivo adoptado su sesión de fecha 27 de mayo de 2013;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Desestimar en todos sus extremos el Recurso de Reconsideración presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la Resolución Nº 008-2013-CD-OSITRAN; por consiguiente, CONFIRMAR dicha Resolución y el Informe Nº 002-2013-GRE-GAL-OSITRAN que la sustenta.

¹ Notificada a las Partes con fecha 22 de marzo de 2013, mediante Oficio Circular Nº 012-13-SCD-OSITRAN.



Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 016-13-GRE-GAL-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Sociedad Concesionaria NORVIAL S.A.; precisándose que agota la vía administrativa, no procediendo por tanto, ningún recurso en esta vía.

Artículo 3º.- Hacer de conocimiento de la Gerencia de Supervisión la presente Resolución y el Informe N° 016-GRE-GAL-OSITRAN, para los fines correspondientes de acuerdo a Ley.

Artículo 4º.- Autorizar la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

