



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 26 de julio de 2011

Nº 031-2011-CD-OSITRAN

VISTOS:

Las Cartas Nº 49010-11 y 49383-11, de fechas 13 de junio de 2011 y 12 de julio de 2011, respectivamente, remitidas por la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A, el Oficio Nº1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, remitido por la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Informe Nº 015-11-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 20 de julio de 2011, emitido por las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de Vistos, que analiza la solicitud de Interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, presentada por las partes del referido Contrato de Concesión;

Que, mediante Carta Nº 49010-11 de fecha 13 de junio de 2011, el Concesionario solicita al Concedente la aplicación integral de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, en razón de haberse aprobado mediante Resolución Directoral Nº 819-2010-MTC/20, de fecha 19 de agosto de 2010, las modificaciones solicitadas por el Concedente al EDI;

Que, mediante Oficio Nº 1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, el Concedente solicita a OSITRAN proceder a la interpretación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, a fin de establecer si corresponde su aplicación al caso señalado por el Concesionario. Al respecto, a través del Informe Nº 401-2011-MTC/25, el Concedente indica que durante la evaluación del EDI, por Memorandum Nº 11084-2010-MTC/09.02, la Oficina de Planificación y Presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, precisó que en el marco del SNIP la ejecución de obras del proyecto debía continuar;

Que mediante Carta Nº OBRAINSA 493-11- de fecha 12 de julio de 2011, el Concesionario señala su conformidad respecto de la solicitud de interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión formulada por el Concedente.

Que, conforme a lo establecido en la clausula 6.7 del Contrato de Concesión, la aplicación del mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la cláusula 6.34 y siguientes del Contrato, para compensar las modificaciones propuestas por el Concedente a los EDI, que resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, no implica que dichas modificaciones adquieran la calidad o naturaleza de Obras Adicionales;

1



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

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Que, a tenor de lo anterior, la compensación de dichas modificaciones a los EDI, se debe realizar con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las partes observando lo dispuesto en el Contrato de Concesión;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto del Informe de Vistos, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, y sobre la base del informe de Vistos, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 394, que se inició el 22 de julio de 2011 y, culminó el 25 de julio de 2011;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- El alcance del cuarto párrafo de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí - Oyotún, deberá interpretarse en los términos siguientes:

"Las modificaciones a los EDI propuestas por el Concedente, que resultan con un presupuesto superior al contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, serán compensadas por el Concedente al Concesionario, con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las Partes".

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN, a la empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.

Artículo 3°.- Poner en conocimiento de Gerencia de Supervisión, lo interpretado en la presente Resolución, para los fines correspondientes.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal PD N° 16472-11

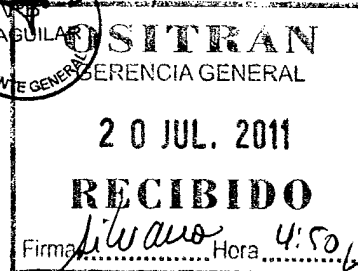


OSITRAN

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

CON LA CONFIRMACIÓN DE ESTE DESPACHO, PASÉ A JERAR
DE CD PARA APROBACIÓN. 20.07.11

INFORME N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN



Para : **CARLOS AGUILAR MEZA**
Gerente General

De : **LUIGI D'ALFONSO CROVETTO**
Gerente de Supervisión

ERNESTO ORTÍZ FARFÁN
Gerente Adjunto de Supervisión (e)

ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerencia de Asesoría Legal

Asunto : Opinión respecto a la solicitud de interpretación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún.

Fecha : 20 de julio de 2011

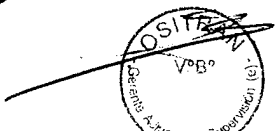
I. OBJETIVO

El objetivo del presente Informe es emitir opinión técnico legal respecto a la solicitud de interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, en adelante el Contrato de Concesión, en relación a la diferencia de presupuestos existente entre el Expediente Técnico presentado por OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., y el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI), aprobado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de abril de 2010, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. (en adelante, el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, en adelante el Contrato de Concesión, bajo la modalidad de cofinanciada.
2. En virtud del referido Contrato, el Estado de la República del Perú otorgó en Concesión a la Empresa Concesionaria la Construcción, Conservación y Explotación de la infraestructura de servicio público de los siguientes Tramos:

TRAMO	LONGITUD (Km)
Nuevo Mocupe - Zaña	10.700
Zaña – Cayaltí	3.450
Cayaltí - Oyotún	32.647
LONGITUD TOTAL	46.797

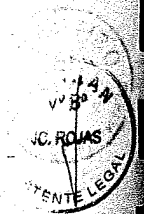
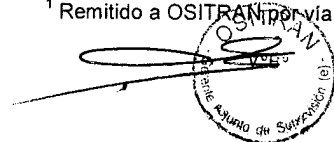


3. Mediante Resolución Ministerial N° 319-2010-MTC/02, se aprueba la continuación del Proyecto de Inversión Pública "Mejoramiento de la Carretera Zaña – Cayaltí – Oyotún" por el incremento de la inversión del proyecto Vial en más del 30% respecto al valor con el que se dio viabilidad en la fase de preinversión, a causa de las modificaciones no sustanciales (cambio de diseño de la superficie de rodadura, incremento del costo de transportes, obras de arte y drenaje), señalándose que el proyecto sigue siendo socialmente rentable para el país.
4. Mediante Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20 de fecha 19 de agosto de 2010, el Concedente aprobó el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, el cual aprueba administrativamente el Costo Directo del presupuesto del Proyecto de Concesión a precios del 30 de mayo de 2008.
5. Mediante Carta OBRAINSA 49010-11 de fecha 13 de junio de 2011, el Concesionario solicita al Concedente la aplicación integral de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, en razón de haberse aprobado las modificaciones solicitadas por el Concedente durante el proceso de revisión y antes de la aprobación del EDI presentado por el Concesionario.
6. Mediante Oficio N° 1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, el Concedente solicita a OSITRAN proceder a la interpretación de la aplicación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, a fin de establecer si corresponde su aplicación en el presente caso, a fin de darle tratamiento de Obras Adicionales; adjunta copia del Informe N° 401-2011-MTC/25, en el cual evalúa la solicitud del Concesionario, contenida en su carta de fecha 13 de junio de 2011.
7. Mediante Oficio N° 2792-2011-GS-OSITRAN de fecha 08 de julio de 2011, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, corrió traslado al Concesionario de la solicitud de interpretación contractual de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión efectuada por el Concedente. Por Carta N° 49383-11 de fecha 12 de julio de 2011, el Concesionario señala su conformidad respecto de la solicitud de interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, formulada por el Concedente.
8. Mediante Oficio 2880-2011-GS-OSITRAN de fecha 13 de julio de 2011, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, solicitó al Concedente que en un plazo de tres (3) días hábiles manifieste su posición respecto de la interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión. Por Oficio N° 1542-2011-MTC/25¹, de fecha 18 de julio de 2011, el Concedente manifiesta que el incremento del monto del presupuesto de los EDI aprobados, que el Concesionario debe financiar, no fue previsto por las partes, por lo que se afectaría el financiamiento del proyecto y su operatividad.

III. ANÁLISIS

9. En esta parte del informe, se procederá a evaluar la solicitud de interpretación formulada por el Concedente al OSITRAN, en razón del pedido del Concesionario, a fin de aplicar integralmente la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión. Para tal fin, el presente informe se ha estructurado de la siguiente manera:

¹ Remitido a OSITRAN por vía electrónica.



- A. Naturaleza de la solicitud presentada por el Concedente.
- B. La Función de OSITRAN de interpretar Contratos 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
- F. Lo solicitado por las Partes
- G. Interpretación del Contrato de Concesión

A. Naturaleza de la solicitud presentada por el Concedente

10. Mediante Carta OBRAINSA 49010-11 de fecha 13 de junio de 2011, el Concesionario solicita al Concedente la aplicación integral de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, en razón de haberse aprobado las modificaciones solicitadas por el Concedente durante el proceso de revisión y antes de la aprobación del EDI presentado por el Concesionario.
11. Al respecto, el Concesionario señala que mediante la Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20, que aprobó el EDI del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, se generó la necesidad de financiar una mayor inversión a la inicialmente prevista, por lo que el PPO inicialmente establecido en el Contrato de Concesión resultaría insuficiente a fin de retribuir la inversión real en que vendría incurriendo el concesionario, pues dicho PPO no se ha actualizado conforme al EDI aprobado, perjudicando así la operatividad del Contrato de concesión y generando un desequilibrio económico financiero en perjuicio del Concesionario, lo que vulneraría la obligación contractual establecida en la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, que establece que el Contrato es uno de prestaciones recíprocas y que por ello debe mantenerse el equilibrio económico financiero de los derechos y obligaciones que asumen las Partes.
12. Ante tal pedido, el Concedente, mediante Oficio N° 1310-2011-MTC/25, solicita a OSITRAN proceder a la interpretación de la aplicación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión (aplicación solicitada al Concedente por el Concesionario), a fin de establecer si tal aplicación corresponde en el presente caso, indicando que el OSITRAN proceda de conformidad con 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.
13. En tal sentido, corresponde a OSITRAN interpretar la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, conforme a lo solicitado por las partes.

B. La Función de OSITRAN de interpretar Contratos de Concesión

14. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917², otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

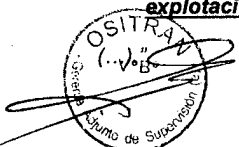
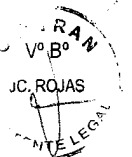
Ley N° 26917.-

"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. En efecto, el marco normativo regulatorio, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre ellas, OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión de la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga a la Empresa Concesionaria el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.
16. De otro lado, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN³, 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. Asimismo, 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.

C. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

17. Los principios y criterios legales bajo los cuales OSITRAN, en ejercicio de su función, resolverá la solicitud del Concedente, como consecuencia del pedido realizado a éste por parte del Concesionario, se detallan a continuación.
18. Mediante 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" (en lo sucesivo, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete 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.
19. Se entiende por interpretación, conforme a lo previsto en los Lineamientos, aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, se interpreta un contrato con la finalidad de determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación⁴.

³ REGO

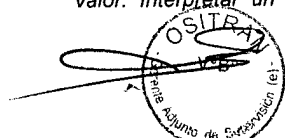
"Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

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

⁴ (...)”
“La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación” En: “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión” p. 9. Al respecto, algunos autores sostienen lo siguiente: **“Cuando aludimos a la interpretación del contrato, estamos refiriéndonos a un proceso que busca entender el contrato, esto no es otra cosa es determinar los verdaderos alcances de las voluntades que han concurrido a la formación del mismo.”** ARRUBIA PAUCAR, Jaime. “La Interpretación del Contrato con referencia al derecho colombiano”. En: “Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”. Tomo II. Lima. Editora Jurídica Grijley. 2007. p. 1092. **“Interpretar significa escrutar un hecho para reconocer su valor. Interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones para**



20. OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación⁵, entre ellos, el literal⁶, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni emplear su alcance; el lógico⁷, resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado (*ratio legis*); el método sistemático⁸, por comparación con otras cláusulas,

Ibidem. p. 29. "(...) la interpretación contractual tienden a otorgar sentido a lo que las partes quisieron estipular en la contratación." ALEGRIA, Héctor. "La Interpretación de los contratos en el derecho argentino." En: *Ibidem* p. 55. "La interpretación jurídica está dirigida a la determinación del sentido de una declaración de un comportamiento negocial o de un precepto determinado, a efectos de esclarecer sus alcances." AVENDAÑO V. Jorge: "Metodología de la Interpretación de la Ley y del Contrato". En: *Ibidem* Tomo III. p. 1591. "(...) para determinar el contenido del negocio jurídico es necesaria la interpretación, o sea, la investigación del significado que debe atribuirse a una determinada manifestación de voluntad, y además, es también preciso llevar las lagunas que se encuentran en la manifestación de voluntad, para que se obtenga el fin práctico a que mira el negocio jurídico realizado. En términos más sencillos, interpretar el acto jurídico (contrato) es indagar el sentido del mismo." DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Interpretación del Contrato". En: *Ibidem*. p. 1638. "Se entiende por interpretación, en líneas generales, el (sic) procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad y como consecuencia del cual se explica jurídicamente el contenido de la misma y el precepto querido por el declarante, dentro de un contexto social determinado. En este orden de ideas, la interpretación de los negocios jurídicos no sólo consiste en un procedimiento para analizar y descifrar la existencia de una determinada declaración, sino que también cumple el cometido final de atribuir a tal declaración un determinado significado de carácter jurídico. Se trata, en suma, de extraer de una cierta conducta (manifestación) humana un precepto de voluntad y de atribuirle a su contenido una significancia cierta, una acepción unívoca". LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato" En: *Ibidem*. p. 1664. "La interpretación es la 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 (...) es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual". BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La Interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984." En: *Ibidem* pp. 1767-1768. "La interpretación es la actividad por excelencia del operador jurídico. Interpretar es indagar por la razón de ser de la ley o del acto jurídico. No es posible aplicar el derecho sin interpretar... Interpretación en strictu sensu quiere decir determinación del significado de una expresión lingüística cuando existan dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación". GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Interpretación objetiva". En: "Código Civil Comentado". Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. 2007. p. 549.

⁵ "Los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente al qué quiere decir la norma [o el contrato], desentrañando, al aplicarlos, diversos contenidos provenientes de los criterios antes mencionados. Es decir, los métodos de interpretación esclarecen el significado de las normas [o cláusulas, que al fin y al cabo no dejan de ser normas, de carácter particular, que regulan la relación jurídica en un contrato] utilizando, cada uno, variables de interpretación distintas a las de los demás". RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho". Lima. Fondo Editorial de la PUCP. 9ª ed. 2007. pp. 223-224. "De ahí que la labor hermenéutica deba consistir en establecer como es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el interprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe." VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano". En: "Tratado..." Op.Cit. p.1649.

⁶ "Según este criterio interpretativo, el interprete indagará lo que la literalidad de la cláusula contractual denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. El método literal es entonces la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura." BULLARD GONZALES, Alfredo. "De acuerdo que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual". En: *Ibidem*. pp. 1741-1742. "Punto de partida es la interpretación textual o literal, que se basa en el significado expreso de las palabras del texto y se sus conexiones sintácticas, según el código lingüístico compartido por la comunidad de parlantes a la cual pertenecen los contratantes." BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. Cit. p.1784.

⁷ "(...) este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula que es objeto de interpretación. En ese sentido, este método se asemeja al denominado *ratio legis* o razón de la Ley, aplicable a la interpretación de normas jurídicas. En la interpretación contractual, ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar." BULLARD... Op. Cit. p. 1748.

⁸ "Según esta regla de interpretación sistemática, las cláusulas del contrato deben ser interpretadas unas por medio de otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del acto comprensivamente considerado. / El significado de las cláusulas no puede ser segmentado, sino debe ser reconducido al conjunto de la intención común de los contratantes." BARCHI VELAOCHAGA. Op. Cit. pp. 1790-1791. "Respecto de interpretación sistemática, la que se deriva del principio de unidad del contrato (...) Según esta regla, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con el contrato visto en su conjunto, como totalidad, una unidad. Se busca, pues, la coherencia de significado en relación al conjunto del texto contractual, con el objeto de eliminar cualquier contradicción o duda que pudiera presentarse y darle solución de modo que el contrato no pierda su"

busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; el método histórico, implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, busca detectar la intención del promotor de la inversión privada.

Asimismo, 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 analogía⁹, 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.

21. 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 administrativos como cualquier otro.
22. Los contratos administrativos 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, en igualdad de condiciones, y no exige, salvo puntuales 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 éstas 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.
23. En atención a lo expuesto, como regla general y salvo que se establezca excepción alguna, las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en los Artículos 168º a 170º del Código Civil¹⁰ son de aplicación de manera inmediata, coincidiendo sustancialmente con los principios y criterios establecidos en los Lineamientos



finalidad, considerando para ello el programa contractual integral y descartando la idea de analizar cada cláusula de manera aislada o autónoma, como si de compartimentos estancos se tratase." JIMÉNEZ VARGAS - MACHUCA, Roxana. "La Interpretación como búsqueda de una verdad". En: *Ibidem*. pp.1832-1833.

⁹ "La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de hecho de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia." RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* p. 247.

¹⁰ Código Civil

"Artículo 168º.- Interpretación objetiva

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

Artículo 169º.- Interpretación sistemática

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

Artículo 170º.- Interpretación integral

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

[El resaltado es nuestro]



aprobados por OSITRAN. A continuación se detallan los principales principios y criterios del Código sustantivo:

▪ La interpretación literal

El punto de partida de cualquier interpretación es el texto mismo del contrato (Artículo 168° del Código Civil). Las partes encuentran seguridad en el texto conocido del contrato y por ello ese texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo señalado en el contrato. Ninguna interpretación puede contradecir el texto expreso y claro.

Esta regla ha sido recogida por el artículo 1361¹¹ del mismo cuerpo legal sustantivo, el cual regula los contratos en general, y establece que lo expresado en ellos es de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, el legislador ha optado por el criterio objetivista como principal regla para interpretar los contratos, sin perjuicio de las excepciones que se presente en cada caso concreto¹². Para tal efecto, el segundo párrafo del artículo antes descrito, prevé que se presuma que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (presunción *ius tantum*¹³).

▪ La buena fe objetiva

La buena fe no es sólo un criterio de interpretación que recoge el artículo 168° del Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes deba regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. En ese sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores¹⁴. Siendo este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo

¹¹ Código Civil

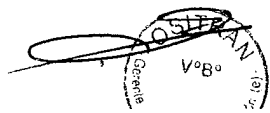
*"Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos
Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

¹² Sin embargo, el codificador ha sido consciente de que en ocasiones las palabras y combinaciones pueden traicionar la intención del otorgante, será necesario entonces hurgar más allá de las palabras intentando conocer cuál fue la real intención. No obstante tal investigación no puede ser automática ni debilitar la seguridad jurídica que el Derecho busca preservar."

¹³ *Juris Tantum*: calificación aplicada a las presunciones contra las cuales se admite prueba en contrario. Etimológicamente, significa "juicio o decisión por el tanto o cuanto" (refiriéndose a lo que se demostró en juicio y en el grado en que se demostró).

¹⁴ "La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así de acuerdo con a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, eso es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido mas acorde con la confianza que se hubiere podido suscitar en la contraparte". AVENDAÑO, Jorge. Op. Cit. 1596. "La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres. El mercado es la búsqueda dinámica, a veces agresiva, del propio interés; pero no puede funcionar normalmente sin una cierta lealtad básica." DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal". En: Op. Cit. pp. 1615-1616. "(...) la buena fe y lealtad es aplicable a todas las relaciones que surgen entre las partes. En otras palabras la buena fe no es una creación del legislador que la ha preestablecido en su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola en una buena fe civil." DE LA PUENTE Y LAVALLE. Op. Cit. p. 1639. "El principio de buena fe es el que gobierna toda la labor hermenéutica sino la de los contratantes. Se trata de una buena fe en sentido objetivo, porque es desde esa perspectiva como se ha de juzgar 'lo expresado' por la conducta de los contratantes si esta se



que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168º del Código Civil).

Como puede advertirse, la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato en general debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. Una interpretación que conduzca a concluir que una parte engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir qué quiso o pretendió con dicho acuerdo cada uno en su fuero interno, sino qué quisieron o pretendieron ambas partes en común acuerdo.

De otro lado, inmerso dentro de este principio se puede encuadrar otro, el principio de conservación del acto¹⁵, según el cual debe entenderse a las Cláusulas de tal manera que tengan efectos o consecuencias. Una interpretación según la cual una Cláusula no puede ser aplicada porque no tienen ningún efecto debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Asimismo, este principio hace referencia a que, entre dos interpretaciones, se tiene que preferir aquella que implique que la Cláusula tenga una aplicación práctica, que sea útil.

▪ **La interpretación sistemática: el contrato como unidad**

La interpretación sistemática (Artículo 169º del Código Civil), supone entender el contrato como una unidad y comprender que las Cláusulas se interrelacionan entre



ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es justo y lo honesto. La buena fe, así considerada constituye un criterio de valoración, un standard o prototipo de conducta, para calificar la honradez en las relaciones contractuales. / Además el principio de buena fe implica un deber de lealtad entre los contratantes e implica también un deber de fidelidad de cada contratante respecto a la observancia de la correlatividad que debe existir entre lo que quiere y lo que declara, con la finalidad de que lo declarado exprese lo querido. Ambos deberes deben trasuntarse a la conducta de los contratantes, cuya valoración corresponde al hermeneuta. / La plasmación del principio de buena fe en el artículo 168 debe orientar al intérprete hacia la equidad, a que el intérprete se guíe por un criterio de conciencia, equilibrando 'lo expresado' con la conducta de los contratantes. Con este criterio, el hermeneuta atendiendo a 'lo expresado', podrá aplicar cualquier método de interpretación incluso conjugándolos, pero su interpretación queda regido por el principio de buena fe." VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. pp. 1649-1650. "(...) **El Principio de buena fe.-** Sobre este pilar descansan, indudablemente, todos los elementos y criterios que el intérprete ha de tener en consideración en su labor. Se parte, por lo tanto, de la preocupación de un querer sano, positivo, y razonable y se inspira en voluntades queridas con justicia, seriedad, equidad y certeza. Es un presupuesto sobre el cual se vertebra toda la temática negocial; se parte de la premisa que el agente, en legítimo uso de la autonomía privada, establece un precepto de conducta responsable, sincero y no engañoso y que el destinatario de la declaración la recibe con confianza esta conducta del declarante. Por parte del agente debe confiarse a su vez en la buena fe del receptor de la declaración y que la entiende adecuadamente y sin retorcer su sentido." LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. Cit. p.1676. **"En la interpretación del contrato, la buena fe constituye un deber de lealtad que impone preservar la confianza razonable de cada parte en el significado del acuerdo. (...) Por tanto, de acuerdo con la regla de interpretación según la buena fe, el intérprete debe adecuar la interpretación del contrato al significado respecto del cual las partes, en relación a las concretas circunstancias, podían o debían confiar razonablemente. Por tanto, la buena fe prohíbe las interpretaciones sutiles, falsas con alguna apariencia de verdad, en contraste con la causa del contrato o con el espíritu del acuerdo; o bien basadas sobre expresiones literales incluidas por un error material en el texto del contrato o bien basadas en expresiones literales que son parte del texto pero no responden al acuerdo alcanzado."** BARCHI VELAOCHOAGA, Luciano. Op. Cit. p 1782.



¹⁵ "(...) Desde antiguo, la regla magis valeat quam pereat anuncia que se prefiere a la conservación del negocio, siquiera con efectos restringidos e incluso derivados de voluntad probable, que la nulidad o la ineficacia. Así, el Derecho asume y da por sentado que el agente negocial ha querido declarar su voluntad en el ánimo y con la idea de lograr un efecto práctico que, desde luego, lleva parejos determinados efectos jurídicos." LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op.Cit. p. 1677. "(...) el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretados en el sentido en el cual puedan tener algún efecto antes que en aquel en el cual no tendrían ninguno (interpretación útil). Del mismo modo, el principio de interpretación, justifica excluir la interpretación que conlleve la nulidad del contrato." BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. Cit. 1794. "Según el principio de conservación del contrato (favor contratus), cuando la cláusula puede ser interpretada de formas distintas, habrá que elegir aquella que implique un significado útil de la declaración en vez de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico." SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 2064.



sí. Como hemos señalado, se busca entonces que la labor del intérprete considere que la interpretación de una Cláusula Contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforman un todo que debe ser consistente. El intérprete debe en ese sentido preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que da consistencia al todo. Dada la forma como se celebra el Contrato de Concesión, el contrato es algo más que las Cláusulas contenidas en dicho título. Documentos como las bases, las circulares, la absolución de consultas, los términos de referencia o anexos técnicos son parte integrante del contrato y deben seguir este principio de interpretación sistemática. Pero si surgen contradicciones entre el texto de distintos documentos, debemos tener reglas para resolver qué documentos priman sobre otros.

Más adelante se incluyen las reglas recomendables para priorizar documentos al momento de interpretar el contrato.

▪ **La interpretación finalista**

La interpretación finalista (Artículo 170° del Código Civil) obliga al intérprete a que la interpretación a que se llegue sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato. Son relevantes preguntas como ¿Cuál es la finalidad de esta disposición? Si se interpreta la Cláusula en cuestión de una forma o en algún sentido, deberá responderse las siguientes preguntas: ¿Cumplirá ésta su finalidad? ¿Cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato?

D. Criterios aplicables según el Contrato de Concesión

24. El Numeral 18.3 del Contrato de Concesión dispone que en caso haya alguna divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes deberán seguir el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- El Contrato de Concesión;
- Enmiendas y Circulares a que se hace referencia en las Bases; y,
- Las Bases.

25. De otro lado, OSITRAN de acuerdo al inciso e) del Artículo 7.1 de la Ley N° 26917 cuenta con facultades para interpretar de oficio o a pedido de parte el Contrato de Concesión. La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas, dando claridad al texto. Es por ello, que en los casos donde haya incertidumbre o un vacío legal, OSITRAN en su calidad de administrador de los Contratos de Concesión procurará subsanar tal ausencia mediante criterios técnicos y objetivos, a fin de que los mismos se adecuen de la mejor manera posible a la naturaleza y fines del contrato.

E. Lo que establece el Contrato de Concesión

26. La Cláusula 1.11 del Contrato de Concesión define los siguientes términos:

"Expediente técnico

Es la propuesta técnica que presentó el adjudicatario aprobada por PROINVERSION elaborada sobre la base de la información contenida en el proyecto referencial y el alcance de la declaratoria de viabilidad del proyecto



relacionado al tramo vial de la concesión, que tiene efectos vinculantes para las partes respecto de la ejecución de las obras de construcción y la prestación de los servicios derivados del presente contrato, y sobre la cual se elaborarán los Estudios Técnicos de Ingeniería”.

(...)

"Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI)

Son los estudios definitivos de ingeniería de las primeras intervenciones que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Estos estudios corresponden a: i) Conservación Vial de la carretera Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún; Tramo Nuevo Mocupe – Zaña, ii) Mejoramiento de la carretera Zaña – Cayaltí – Oyotún, y iii) Obras de Implementación de la unidad de peaje. Cada uno de ellos deberán ser presentados en forma integral. Los referidos estudios deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE del acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo VI del Contrato.”

(...)

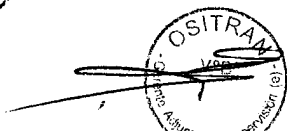
27. Por su parte, la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, prevé lo siguiente:

"En caso el CONCEDENTE proponga al CONCESIONARIO mediante documento escrito modificaciones a los EDI, se requerirá la opinión previa del regulador y la aceptación del CONCESIONARIO, antes de ser incorporadas a los EDI. Para tal fin, el CONCESIONARIO entregará al REGULADOR para opinión, un diseño conceptual de dichas modificaciones, luego de que haya sido aprobada por éste. El CONCEDENTE será quien apruebe la ingeniería de detalle presentada. Para tal efecto, el REGULADOR dispondrá de un plazo máximo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento.

Estas solicitudes de modificación presentadas por el CONCEDENTE no darán lugar a la modificación del plazo final de ejecución de las obras de Construcción o al reconocimiento de compensaciones adicionales, salvo que las Partes lo hubieran convenido, para lo cual se requerirá la opinión previa del REGULADOR, asimismo, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Apéndice III del Anexo II.1 del Contrato.

Para aquellas modificaciones propuestas por el CONCEDENTE y aceptadas por el CONCESIONARIO, que resulten con un Presupuesto inferior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico, dicho monto que resulte de la diferencia que se produzca, deberá ser reinvertido íntegramente en Obras Adicionales solicitadas por el CONCEDENTE mediante documento escrito.

En su defecto, si las modificaciones propuestas por el CONCEDENTE resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del CONCESIONARIO, el CONCEDENTE compensará al CONCESIONARIO con arreglo al mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la Cláusula 6.34 y siguientes del Contrato. En este caso, el CONCEDENTE deberá verificar la viabilidad del proyecto que contenga estas modificaciones, de conformidad con la normatividad del SNIP.



El plazo previsto para que el CONCEDENTE emita las observaciones correspondientes o apruebe los EDI, se empezará a contar a partir de haberse verificado la viabilidad del proyecto señalado en el párrafo precedente."

28. Con relación a lo anterior, las Cláusulas 6.34 y siguientes del Contrato de Concesión disponen:

Obras Adicionales

6.34.- Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO determinaran la necesidad de realizar Obras Adicionales. Resultará de aplicación el procedimiento previsto en las cláusulas de la presente Sección.

En este caso, la Parte que solicita las Obras Adicionales deberá presentar un informe al REGULADOR, con copia a la otra Parte, que sustente la necesidad de realizar dichas obras. El monto de las Obras Adicionales debe considerar los costos de supervisión respectivos, así como la proporción correspondiente a utilidad y Gastos Generales de Obra (en caso que las Obras Adicionales se ejecuten durante la Explotación) o gastos generales variables (en caso que las Obras Adicionales se ejecuten durante las Obras de Construcción). Dicha proporción no deberá superar los porcentajes establecidos en el Tramo correspondiente, contemplados en los informes de actualización de los presupuestos del Proyecto Referencial.

6.35.- El CONCEDENTE deberá verificar la viabilidad del proyecto que contenga las Obras Adicionales, de conformidad con la normatividad SNIP.

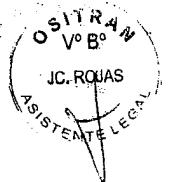
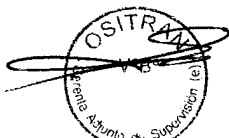
Obras Adicionales a ejecutar por el CONCESIONARIO por mutuo acuerdo entre las Partes

6.36.- Las Obras Adicionales podrán ser construidas o contratadas por el CONCESIONARIO, en caso de existir mutuo acuerdo entre las Partes respecto a la realización de las Obras Adicionales, los términos y condiciones bajo los cuales se ejecutarán, incluyendo el precio y el mecanismo de pago de ellas, para lo cual será necesaria la opinión previa del REGULADOR. En este caso, las inversiones de las Obras Adicionales serán asumidas por el CONCESIONARIO, con cargo a los recursos del CONCEDENTE, en función al mecanismo que acuerden las Partes.

6.37.- El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO podrán solicitar dichas Obras Adicionales hasta dos (02) años antes del término del Plazo de la Concesión. Para ello, una de las Partes enviará a la otra una solicitud de realización de las Obras Adicionales, acompañada de los estudios técnicos donde se detallen los volúmenes de Obras Adicionales a construir y los plazos en que se requerirán dentro del marco del SNIP. La duración de dichas obras no deberá exceder el Plazo de la Concesión.

6.38.- Los volúmenes de las Obras Adicionales y su valor, serán determinados de común acuerdo entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE.

(...)



F. Lo solicitado por las Partes

F.1 Lo solicitado por el Concesionario

29. Mediante Carta OBRAINSA 49010-11 de fecha 13 de junio de 2011, el Concesionario solicita al Concedente la aplicación integral de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, en razón de haberse aprobado las modificaciones solicitadas por el Concedente durante el proceso de revisión del EDI presentado por el Concesionario.
30. El Concesionario señala en la citada carta que mediante la Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20, que aprobó el EDI del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, se generó la necesidad de financiar una mayor inversión a la inicialmente prevista. Al respecto, a continuación procedemos a indicar de manera puntual los argumentos señalados por el Concesionario.
31. El Concesionario precisa que el Contrato de Concesión define como PPO al pago que tiene por finalidad retribuir la inversión en que incurre el Concesionario, debiendo ser cancelado a través del Fideicomiso de Administración mediante el reconocimiento de los avances de Obra a través de los CAOs. En tal sentido, el Concesionario señala que el Contrato de Concesión en su Anexo VII establece un Proyecto Referencial con una Inversión Proyectada Referencial ascendente a US\$ 17'385,541.43, incluido el IGV, y cuyo Costo Directo de Obra asciende a US\$ 10'306,626.46 sin IGV.
32. Asimismo, indica que mediante la Resolución Directoral N° 819-2010-MTC, el Concedente aprobó el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, a nivel de Costo Directo por un monto equivalente a la suma de US\$ 15'661,364.51 sin IGV.
33. En tal sentido, el Concesionario sostiene que en razón de lo señalado, se habría generado la necesidad de financiar una mayor inversión a la inicialmente prevista.
34. Del mismo modo, el Concesionario señala que ante tal circunstancia, el PPO inicialmente establecido en el Contrato de Concesión resultaría insuficiente a fin de retribuir la inversión real en que viene incurriendo el Concesionario, toda vez que éste no se ha actualizado conforme al EDI aprobado con la modificación propuesta por el Concedente, generando un desequilibrio económico financiero en perjuicio del Concesionario.
35. En consecuencia, el Concesionario concluye su análisis indicando que con el fin de resolver el desfase financiero, solicita la aplicación integral de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, toda vez que en atención a lo establecido en ella, se ha aprobado las modificaciones solicitadas por el Concedente durante el proceso de revisión del EDI presentado por el Concesionario, tal como se establece en el último párrafo de dicha Cláusula, lo que se corroboraría con la emisión del acto administrativo con el que el referido EDI fue aprobado.
36. En tal virtud, el Concesionario considera que aún faltaría materializarse lo establecido en el cuarto párrafo de la referida Cláusula 6.7 que establece que durante la revisión del EDI presentado por el Concesionario, el Concedente puede requerir modificaciones que incrementen el presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, lo que se habría consumado con la Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20 y la Resolución Ministerial N° 319-2010-MTC/20, quedando aún pendiente de aplicarse el



mecanismo de compensación señalado en las Cláusulas 6.34 y siguientes del Contrato de Concesión, para el pago de la mayor inversión a ser asumida por el Concedente, debiendo regularse en atención a lo establecido en la Cláusula 6.36 del Contrato de Concesión, que determina que de mutuo acuerdo el Concedente y Concesionario deben establecer la forma de pago.

F.2 Lo solicitado por el Concedente

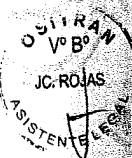
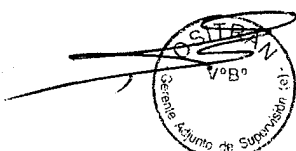
37. En razón de la solicitud del Concesionario por la aplicación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, el Concedente mediante Oficio N° 1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, solicita a OSITRAN proceder a la interpretación de la aplicación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, a fin de establecer si corresponde su aplicación en el presente caso, a fin de darle tratamiento de Obras Adicionales; adjunta copia del Informe N° 401-2011-MTC/25, en el cual evalúa la solicitud del Concesionario, contenida en su carta de fecha 13 de junio de 2011. Al respecto, a continuación procedemos a indicar de manera puntual los argumentos del análisis realizado por el Concedente y señalados en el referido informe.
38. El Concedente señala que el proceso de Concesión de redes viales en general, y el esquema utilizado en el Contrato tiene como fundamento optimizar el servicio público de infraestructura vial, con el propósito de lograr mayor eficiencia y bienestar a partir de la participación de un privado que ejecute las obras necesarias, no a partir de un concurso de precios, sino de ofertas concebidas a partir de mayores incentivos para dar el mejor servicio.
39. En dicho contexto, señala el Concedente, el proyecto consideró inicialmente un Proyecto Referencial relacionado con la estructura y tipo de la Construcción del Tramo Vial "Nuevo Mocupe - Cayaltí - Oyotún" el mismo que de acuerdo a lo establecido en el Contrato se requiere disponer de la elaboración de un Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) que sustente con el suficiente detalle de ingeniería la precisión de la inversión a realizarse.
40. El Concedente explica que en el proceso de elaboración del EDI de parte del Concesionario como parte de la ejecución de las Obras, la Unidad Ejecutora, Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, durante la evaluación del mismo, consideró necesaria la revisión de viabilidad del Proyecto de Mejoramiento de la Carretera Zaña – Cayaltí- Oyotún, el mismo que mereció la evaluación de parte de la Oficina General de Planificación y Presupuesto, quien mediante Memorandum N° 11084-2010-MTC/09.02 remitió al Despacho del Viceministro de Transportes el informe de verificación de viabilidad respectivo, precisando que el proyecto sigue siendo rentable para el país y en el marco del SNIP la ejecución de las obras del proyecto debían continuar.

En ese sentido, agrega que el Concesionario de conformidad con la alternativa seleccionada, presentó al Concedente el EDI del Tramo Vial "Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún".

41. El Concedente señala asimismo que, en concordancia con el procedimiento establecido en la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión, mediante Resolución Directoral No. 819-2010-MTC/20, de fecha 19 de agosto de 2010, el MTC, aprobó el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) del Tramo Vial "Nuevo Mocupe - Cayaltí – Oyotún", el mismo que

aprueba administrativamente el monto del Costo Directo del Presupuesto del Proyecto de Concesión, el cual asciende a la suma equivalente a US\$ 15'661,364.51 sin IGV.

42. De otro lado, el Concedente también señala que el Contrato de Concesión en su Anexo VII establece un Proyecto Referencial con una Inversión Proyectada Referencial ascendente a US\$ 17'385,541.43 (Diecisiete Millones Trescientos Ochenta y Cinco Mil Quinientos Cuarenta y Uno y 43/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluido el IGV; cuyo Costo Directo de Obra asciende a US\$ 10'306,626.46 sin IGV.
43. En este punto, el Concedente precisa que, como consecuencia de lo anteriormente señalado, se generó un diferencial entre el monto correspondiente al Presupuesto del Proyecto Referencial contenido en el Contrato de Concesión y el importe correspondiente al Presupuesto de los EDI aprobados, que asciende, a nivel de Costo Directo, al importe equivalente a US\$ 5'354,738.05 (Cinco Millones Trescientos Cincuenta y Cuatro Mil Setecientos Treinta y Ocho y 05/100 Dólares Americanos) sin IGV; precisando asimismo que este diferencial se debe básicamente al cambio de la Estructura del Pavimento, aspecto no previsto en el Proceso de Adjudicación de la Buena Pro de la Concesión, otorgada a OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., solicitada en su oportunidad.
44. Como consecuencia de ello, el Concedente señala que la variación entre el Proyecto Referencial y el Estudio Definitivo de Ingeniería resulta de tal magnitud que fue necesario que el Concedente solicitase la verificación de viabilidad de acuerdo al SNIP, aprobándose su continuidad mediante Resolución Ministerial N° 319-2010-MTC/20. Asimismo, el Concedente señala que la diferencia entre el PR y el EDI generó inconvenientes al financiamiento del proyecto y a su operatividad.
45. Así, el Concedente señala que el esquema financiero considerado en el Contrato de Concesión, en el entendido que no se diera un cambio significativo en el valor del EDI, disponía que el monto a financiar era el correspondiente a 2 Hitos, es decir, una suerte de capital de trabajo, sin que se requiriera un cierre financiero por la totalidad del proyecto; bajo este esquema, los pagos de los avances de obra que efectuaría el Concedente a favor del Concesionario constituirían los recursos necesarios para financiar los demás hitos.
46. Al respecto, el Concedente precisa que dicho esquema favorecía la ejecución de la obra, en tanto que no se hace necesario obtener un financiamiento a largo plazo por todo el monto de la obra, sino simplemente por los dos primeros hitos.
47. En ese sentido, el Concedente indica que el Concesionario gestionó un financiamiento que resultaría insuficiente teniendo en cuenta el monto aprobado en el EDI, por existir un incremento en las inversiones de Obra no previstas en el proceso de adjudicación de la Concesión, lo que según el dicho del propio Concedente, fue resultado de un cambio de la estructura y tipo de pavimento.
48. El Concedente señala entonces que, como consecuencia del presupuesto del EDI, el monto a financiar por parte del Concesionario se incrementó en 50.30%, diferencia que no fue prevista por ninguna de las partes en el momento de la asignación inicial de riesgos, por lo que se afectaría al financiamiento del proyecto y por ende a su operatividad.



49. Asimismo, manifiesta que este hecho incidiría en un descalce financiero para la financiación de los Hitos Constructivos, pues siguiendo el esquema de financiamiento de la Concesión, la fuente del recurso (el porcentaje del PPO) no sería equivalente al origen de dicho recurso (porcentaje del EDI como inversión), debido al incremento extraordinario no previsto del monto consignado en el EDI, manteniendo constante el PPO establecido en el Contrato de Concesión.
50. Finalmente, el Concedente señala de manera expresa que resulta necesario resolver este impasse interpretativo que deriva consecuentemente en la generación de una dificultad en la aplicación contractual de orden operativo, para lo cual se deberá emplear los mecanismos necesarios establecidos en el Contrato de Concesión. Para dicho efecto, solicitan a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, a fin de seguir con el procedimiento solicitado por el Concesionario, para la aplicación de la referida Cláusula en el caso descrito.

G. Interpretación del Contrato de Concesión

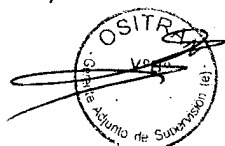
51. Dado que en el presente caso, según señalan las partes, por una solicitud del Concedente, habría una diferencia entre el monto correspondiente al Expediente Técnico del Concesionario y el importe correspondiente al Presupuesto de los EDI aprobados; siendo el presupuesto de éstos últimos, superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, resultaría de aplicación el cuarto párrafo de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, que a la letra señala:

"En su defecto, si las modificaciones propuestas por el CONCEDENTE resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del CONCESIONARIO, el CONCEDENTE compensará al CONCESIONARIO con arreglo al mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la Cláusula 6.34 y siguientes del Contrato. En este caso, el CONCEDENTE deberá verificar la viabilidad del proyecto que contenga estas modificaciones, de conformidad con la normatividad del SNIP."

52. Conforme se observa, si las modificaciones propuestas por el Concedente resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, el Concedente compensará al Concesionario con arreglo al mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la Cláusula 6.34 y siguientes del Contrato de Concesión. La norma contractual agrega que, en este caso, el CONCEDENTE deberá verificar la viabilidad del Proyecto conforme a la normatividad SNIP.

53. Con relación a lo anterior, de acuerdo a lo manifestado por el Concedente en el Informe N° 401-2011-MTC/25 que acompaña su Oficio N° 1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, este diferencial se explica básicamente en el cambio de la Estructura del Pavimento, aspecto no reconocido en el Proceso de Adjudicación de la Buena Pro de la Concesión, otorgada a OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., modificación solicitada al Concesionario en su oportunidad por parte del Concedente.

54. Adicionalmente, en este punto resulta oportuno indicar que en el referido Informe también se indica que la variación del Proyecto Referencial con el Estudio Definitivo de Ingeniería resultó de tal magnitud que se solicitó la verificación de viabilidad de acuerdo al SNIP, aprobándose su continuidad mediante Resolución Ministerial N° 319-2010-MTC/20.



55. Así, conforme se señaló preliminarmente, los hechos expuestos por las Partes, se subsumen en el supuesto establecido en el cuarto párrafo de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión.
56. Ahora bien, de acuerdo a la citada cláusula del Contrato de Concesión, la compensación al Concesionario por dichas modificaciones a los EDI propuestos por el Concedente, se realizará de conformidad con el "mecanismo" previsto para las Obras Adicionales señalado en la Cláusula 6.34 y siguientes del Contrato.
57. Evidentemente, la aplicación del citado mecanismo para compensar las modificaciones al EDI propuestas por el Concedente que resulten con un presupuesto superior al contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, no implica que esas modificaciones adquieran la calidad o naturaleza de Obras Adicionales¹⁶, toda vez que, por definición éstas últimas son obras nuevas que no se encuentran contempladas en los EDI, tales como puentes peatonales, accesos, entre otros.
58. Por ello, atendiendo a que dichas modificaciones no tienen la naturaleza de obras adicionales, es conveniente aclarar, en vía de interpretación, que el mecanismo de compensación se deberá realizar por mutuo acuerdo entre las partes, observando para ello lo dispuesto en la cláusula 6.36 del Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, las partes debieran considerar los mayores costos de supervisión respectivos.
59. En tal sentido, atendiendo a los métodos y principios de interpretación contractual de nuestro ordenamiento jurídico, se puede señalar que la compensación de dichas modificaciones a los EDI, se deben realizar con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las partes observando lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

IV. CONCLUSIONES:

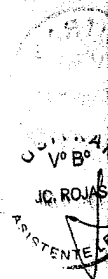
1. La Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión dispone que si las modificaciones propuestas por el Concedente para la modificación del EDI resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, el Concedente compensará al Concesionario con arreglo al mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la Cláusula 6.34 y siguientes del referido Contrato.
2. La aplicación del mecanismo previsto para las Obras Adicionales para compensar las modificaciones propuestas por el Concedente a los EDI, que resultan con un presupuesto superior al presupuesto del Expediente Técnico del Concesionario, no implica que dichas modificaciones adquieran la calidad o naturaleza de Obras Adicionales.
3. De acuerdo a lo manifestado expresamente por las Partes, la diferencia entre el monto correspondiente al Expediente Técnico del CONCESIONARIO y los EDI aprobados, obedece a una modificación solicitada por el propio Concedente. El Concedente verificó la viabilidad del proyecto, de conformidad con la normatividad SNIP.

¹⁶Definiciones

1.11.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

Obras Adicionales

Son aquellas obras nuevas que no se encuentran contempladas en los Estudios Definitivos de Ingeniería, pero cuya ejecución puede ser acordada durante el período de Concesión, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 6.34 a la Cláusula 6.43 del Contrato, tales como puentes peatonales, accesos, entre otros.



4. La compensación por dichas modificaciones debieran realizarse con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que por mutuo acuerdo convengan las Partes observando lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACIONES:

5. Se recomienda que el Consejo Directivo, en uso de la atribución a que se refiere el literal e) del numeral 7.1 de la Ley N° 26917, proceda a interpretar la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, para el caso en concreto, en el siguiente sentido:

"Las modificaciones a los EDI propuestas por el Concedente, que resultan con un presupuesto superior al contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, serán compensadas por el Concedente al Concesionario, con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las Partes."


6. Elevar el presente informe a consideración del Consejo Directivo de OSITRAN.
7. Notificar el presente Informe y la Resolución que se expida, al Concesionario OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.


VI. ANEXO

Proyecto de Resolución de Consejo Directivo

Atentamente,


ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal


LUIGI D'ALFONSO CROVETTO
Gerente de Supervisión


ERNESTO ORTIZ FAREZÁN
Gerente Adjunto de Supervisión (e)

JCRZ/JM/gvz
Reg. Sal. GS-GAL N°15866-11
HT. 13250-11



RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de julio de 2011

N° xxx-2011-CD-OSITRAN

VISTOS:

Las Cartas N° 49010-11 y 49383-11, de fechas 13 de junio de 2011 y 12 de julio de 2011, respectivamente, remitidas por la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A, el Oficio N°1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, remitido por la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Informe N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 20 de julio de 2011, emitido por las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de Vistos, que analiza la solicitud de Interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, presentada por las partes del referido Contrato de Concesión;

Que, mediante Carta N° 49010-11 de fecha 13 de junio de 2011, el Concesionario solicita al Concedente la aplicación integral de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, en razón de haberse aprobado mediante Resolución Directoral N° 819-2010-MTC/20, de fecha 19 de agosto de 2010, las modificaciones solicitadas por el Concedente al EDI;

Que, mediante Oficio N° 1310-2011-MTC/25 de fecha 17 de junio de 2011, el Concedente solicita a OSITRAN proceder a la interpretación de la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión, a fin de establecer si corresponde su aplicación al caso señalado por el Concesionario. Al respecto, a través del Informe N° 401-2011-MTC/25, el Concedente indica que durante la evaluación del EDI, por Memorandum N° 11084-2010-MTC/09.02, la Oficina de Planificación y Presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, precisó que en el marco del SNIP la ejecución de obras del proyecto debía continuar;

Que mediante Carta N° OBRAINSA 493-11- de fecha 12 de julio de 2011, el Concesionario señala su conformidad respecto de la solicitud de interpretación de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión formulada por el Concedente.

Que, conforme a lo establecido en la clausula 6.7 del Contrato de Concesión, la aplicación del mecanismo previsto para las Obras Adicionales señalado en la cláusula 6.34 y siguientes del Contrato, para compensar las modificaciones propuestas por el Concedente a los EDI, que resultan con un presupuesto superior al presupuesto contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, no implica que dichas modificaciones adquieran la calidad o naturaleza de Obras Adicionales;



Que, a tenor de lo anterior, la compensación de dichas modificaciones a los EDI, se debe realizar con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las partes observando lo dispuesto en el Contrato de Concesión;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto del Informe de Vistos, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, en consecuencia, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, y sobre la base del informe de Vistos, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha xx de julio de 2011;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- El alcance del cuarto párrafo de la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí - Oyotún, deberá interpretarse en los términos siguientes:

"Las modificaciones a los EDI propuestas por el Concedente, que resultan con un presupuesto superior al contemplado en el Expediente Técnico del Concesionario, serán compensadas por el Concedente al Concesionario, con arreglo a los términos, condiciones, y el mecanismo de pago que acuerden las Partes".

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN, a la empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.

Artículo 3°.- Poner en conocimiento de Gerencia de Supervisión, lo interpretado en la presente Resolución, para los fines correspondientes.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo



PROYECTO DE ACUERDO

SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA 6.7 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL TRAMO VIAL: NUEVO MOCUPE - CAYALTÍ - OYOTÚN

**ACUERDO No. XXX-394-11-CD-OSITRAN
de fecha XXX de julio de 2011**

Vistos el Informe N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN y el proyecto de Resolución adjunto; la solicitud de interpretación formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de su Oficio N° 1310-2011-MTC/25, respecto a la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún; la Carta N° 49383-11 de OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., y, el Oficio N° 1542-2011-MTC/25; de acuerdo a lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo, en virtud de lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, adjunto al Informe N° 015-11-GS-GAL-OSITRAN, que interpreta la Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, respecto a la diferencia de presupuestos existentes entre el Expediente Técnico presentado por OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., y, el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) aprobado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- b) Notificar la Resolución aprobada en virtud del numeral anterior a la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente.
- c) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

