

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 049-2015-CD-OSITRAN

Lima, 07 de agosto de 2015

VISTOS:

La Carta N° NOR320-15 remitida por NORVIAL S.A. y el Informe N° 042-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 04 de agosto de 2015, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 15 de enero de 2003, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), suscribió con la empresa NORVIAL S.A. (en adelante, el Concesionario o NORVIAL) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (en adelante, el Contrato de Concesión).

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

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

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

Que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;



Que, de acuerdo al numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Carta N° NOR320-15, recibida el 22 de junio de 2015, el Concesionario solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, indicando que la transferencia de acciones representativas de la Participación Mínima de un Socio Estratégico a un tercero, luego del quinto año de iniciada la Concesión, no está sujeta a la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación; sino únicamente, a la previa aprobación del Concedente y a la opinión del Supervisor.

Que, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 042-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN del 04 de agosto de 2015, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- a) De la lectura de la cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, se advierte que ésta resulta clara y no ofrece dudas sobre su aplicación; por el contrario, se aprecia claramente los requisitos y restricciones para la transferencia de acciones de la Participación Mínima del Socio Estratégico, tanto dentro de los primeros cinco años de la Concesión como a partir del quinto año en adelante. En tal sentido, la solicitud de interpretación formulada por el Concesionario, debe ser desestimada, declarándose IMPROCEDENTE.
- b) Dado que el Socio Estratégico es aquel accionista del Concesionario que cumple con los requisitos técnico-económicos y financieros, a efectos de emitir su opinión, el Regulador evaluará que, ante una transferencia de su Participación Mínima a un tercero, éste cuente también con los requisitos financieros y técnicos suficientes para llevar a cabo la gestión de la Concesión y asumir las obligaciones del Concesionario, conforme a las exigencias establecidas en el Contrato de Concesión.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, en virtud de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del numeral 7.1 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, y artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, que faculta a OSITRAN a interpretar de oficio los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 559-15-CD-OSITRAN;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente la solicitud presentada por NORVIAL S.A., para que se interprete la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, debido a que el texto de dicha cláusula contractual no resulta ser ambiguo o poco claro de manera tal que justifique su interpretación por parte de este organismo regulador.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 042-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a NORVIAL S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 042-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,

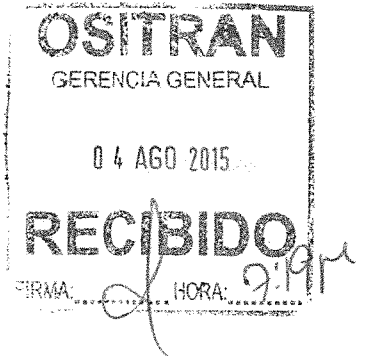



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 31351



INFORME N° 042-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN



A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

De : **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

VICTOR ARROYO TOCTO
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : Solicitud de interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte

Referencia : Carta N° NOR320-15

Fecha : 04 de agosto de 2015

I. OBJETO

1. Emitir un pronunciamiento con relación a la solicitud de interpretación de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, presentada por la empresa NORVIAL S.A..

II. ANTECEDENTES

- 2. Con fecha 15 de enero de 2003, el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa NORVIAL S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte y sus Cláusulas Adicionales (en adelante, el Contrato de Concesión).
- 3. Con fecha 8 de noviembre de 2004, el Concedente y el Concesionario (en adelante, las Partes) suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, mediante la cual (i) se modificaron las siguientes cláusulas: 1.5, 3.3 k, 4.2, 5.1, 5.2, 5.14, 5.18, 6.1, 6.2, 6.7, 6.19, 8.17, 8.18, 8.20, 8.24, 9.5, 9.6, 9.7, 10.2, 10.5, 12.4, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 14.6, 14.7, 14.9, 14.12, 14.13, 14.14, 14.15, 15.2, 15.12, 15.13, 15.14, 17.1, 17.2 y el Anexo IV; y, (ii) se incluyeron la cláusula 14.16, la Sección XVIII y el Anexo VI.
- 4. Con fecha 31 de octubre de 2005, las Partes suscribieron la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, mediante la cual se modificaron las cláusulas 8.19, 9.5, 9.6 y 11.7 literal a) del referido documento.
- 5. Con fecha 13 de junio de 2008, las Partes suscribieron la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión, mediante la cual se incluyó la cláusula 6.21.A al referido documento.



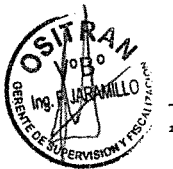
6. Mediante Carta N° NOR320-15, recibida el 22 de junio de 2015, el Concesionario solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, indicando que la transferencia de acciones representativas de la Participación Mínima de un Socio Estratégico a un tercero, luego del quinto año de iniciada la Concesión, no está sujeta a la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación; sino únicamente, a la previa aprobación del Concedente y a la opinión del Supervisor.

III. ANALISIS

7. A efectos de emitir el pronunciamiento objeto del presente Informe, se analizarán los siguientes puntos:
- A. Admisibilidad de la solicitud de interpretación.
 - B. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - C. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.
 - D. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión.
 - E. Lo que establece el Contrato de Concesión.
 - F. La solicitud del Concesionario.
 - G. Evaluación de las estipulaciones contractuales.
 - H. Consideraciones para la opinión del Regulador.

A. Admisibilidad de la solicitud de interpretación

8. De acuerdo a lo establecido en el TUPA de OSITRAN, las solicitudes de interpretación de los Contratos de Concesión, deben presentarse por escrito, conteniendo la exposición de los hechos y la fundamentación técnica de ser el caso, y los requisitos a que se contrae el artículo 113° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General¹.
9. Sobre el particular, mediante Carta N° NOR320-15, el Concesionario solicitó la interpretación de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, indicando que la transferencia de acciones representativas de la Participación Mínima de un Socio Estratégico a un tercero, luego del quinto año de iniciada la Concesión, no está sujeta a la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación; sino únicamente, a la previa aprobación del Concedente y a la opinión del Supervisor.
10. De la revisión de la solicitud de interpretación de la Cláusula 3.3. del Contrato de Concesión, presentada por el Concesionario, se advierte que la misma se ajusta a los



¹ Artículo 113.- Requisitos de los escritos

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

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

términos señalados en el TUPA de OSITRAN, y cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos en el artículo 113° de la Ley N° 27444, por lo que debe admitirse a trámite.

11. Asimismo, debe precisarse que la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, no representa conformidad alguna sobre la exposición de los hechos y/o la fundamentación técnica remitida. En tal sentido, la evaluación de procedencia 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

12. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
13. En efecto, el marco normativo regulatorio, que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, 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.
14. De otro lado, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura.
15. Además, la referida norma prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.
16. Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF)², el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

C. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

17. 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" (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.
18. 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

² Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación, cuando éstas son ambiguas, oscuras o poco claras.

19. Asimismo, de conformidad con los Lineamientos, OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión, de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la Cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado *-ratio legis-*; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
20. De otro lado, Barchi (2007) sostiene que por interpretación debe entenderse a aquella "(...) operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como 'voluntad común' de una determinada regulación contractual". Para tal efecto, precisa que: "Como el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad 'común' que se traduce en el acuerdo"³.
21. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) agrega que "(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe."⁴ [El subrayado es nuestro]
22. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.
23. Evidentemente, estamos hablando de cláusulas contenidas en el contrato, no de la integración de disposiciones no contempladas o de una interpretación para cubrir vacíos contractuales, cosa que naturalmente escapa a nuestro marco legal y a la competencia de este Organismo Regulador. Por tanto OSITRAN no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.



³ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p.1768.

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



24. Finalmente, atendiendo a lo indicado en los Lineamientos, en caso el Regulador determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia. En tal sentido, no procederá la interpretación en caso se advierta que el contrato no contiene alguna cláusula que sea ambigua, no entendible, oscura o poco clara, de tal forma que se imposibilite su aplicación.
25. Por lo tanto, en el presente caso, se procederá a determinar si el alcance o sentido de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión requiere ser interpretado, caso en el cual se procederá a aplicar los métodos de interpretación que resulten pertinentes, o por el contrario, si la cláusula es clara en su contenido y sentido, no existiendo impedimento alguno para su aplicación por las Partes, caso en el cual no será procedente la interpretación.

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 exclusivamente 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".

E. Lo que establece el Contrato de Concesión

27. La Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, sobre la cual el Concesionario ha solicitado la interpretación, establece lo siguiente:



"Constataciones en la Fecha de Suscripción del Contrato

3.3.-La SOCIEDAD CONCESIONARIA debe, a la Fecha de Suscripción del Contrato, cumplir con lo siguiente:

a) (...)

(...)

e) El estatuto de la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe contener como mínimo las siguientes cláusulas:

- i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen el 35% de Participación Mínima del Socio Estratégico, que limite toda transferencia, disposición o gravamen de éstas a terceros o a otros socios distintos de los que conforman el Socio Estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta el quinto año de la Concesión, salvo por lo previsto en el literal c) de la cláusula 9.5. respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde el inicio de la Concesión con la finalidad de obtener financiamiento. A partir de dicha fecha el Socio Estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones previa aprobación del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR.

Las transferencias de la Participación Mínima entre quienes integren el Socio Estratégico deberán contar con la aprobación previa y por escrito del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR y deberán necesariamente mantener las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación Pública Internacional para entrega en Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca."

[El subrayado es nuestro]

F. La solicitud del Concesionario

28. Conforme se advierte de los antecedentes del presente Informe, a través de la Carta N° NOR320-15, el Concesionario solicita que OSITRAN interprete la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, disponiendo que la transferencia de acciones representativas de la Participación Mínima de un Socio Estratégico a un tercero, luego del quinto año de iniciada la Concesión, no está sujeta a la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación; sino únicamente, a la previa aprobación del Concedente y a la opinión del Supervisor.

29. Según señala el Concesionario en su comunicación, dicha solicitud se sustenta en la aplicación del método de interpretación literal establecido en el ítem 6.1 de los *Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión*⁵, mediante el cual no se estaría extendiendo o ampliando lo señalado en el Contrato de Concesión, sino que se estaría identificando el propósito o contenido de la disposición contractual, a través de la simple lectura del texto declarado por las Partes.

⁵ Aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD.



30. Con relación a lo anterior, de una breve lectura de la referida Carta, se aprecia los siguientes argumentos del Concesionario:

"6. (...) habiendo transcurrido más de cinco (5) años de iniciada la Concesión, la transferencia de acciones de clase A del Socio Estratégico a terceros, actualmente, no se encuentra sometida a más condición que a la previa aprobación del Concedente con la opinión del Supervisor.

7. Es importante notar que, a diferencia de la transferencia a terceros, la transferencia de acciones entre integrantes del Socio Estratégico está sujeta, no solo a la aprobación previa del Concedente y la opinión del Supervisor; sino también al mantenimiento de las condiciones técnicas o financieras previstas en la Licitación, conforme a lo indicado en el segundo párrafo de la cláusula 3.3.E.(i). Este requisito no es aplicable a la transferencia de acciones a terceros pues como lo señala en forma expresa esta cláusula, el mismo sólo es aplicable en el caso de transferencias entre miembros del Socio Estratégico, y no para el caso de una venta de acciones a un tercero.

8. Ahora bien, es posible que a la hora de evaluar una transferencia de acciones a terceros, una interpretación errónea pueda llevar a que se tome en cuenta la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación como una condición para la transferencia de acciones a terceros, lo cual evidentemente transgrediría (sic) lo establecido en el Contrato de Concesión.

9. Por ello, consideramos que OSITRAN debe emitir una interpretación sobre el sentido o significado de la cláusula 3.3. E (i) del Contrato de Concesión; a fin que exista una mayor claridad para el caso en que se realicen transferencias de acciones del Socio Estratégico a terceros y de ese modo, no se obstaculicen futuras transacciones.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

31. Conforme se advierte, según el Concesionario, actualmente, la transferencia de acciones a terceros no estaría sujeta al mantenimiento de las condiciones técnicas y financieras previstas para la precalificación en la Licitación, sino que únicamente se encontraría sometida a la previa aprobación del Concedente con la opinión del Regulador.

G. Evaluación de las estipulaciones contractuales

32. Teniendo en cuenta la solicitud presentada por el Concesionario, mediante la cual requiere al OSITRAN que interprete el Contrato de Concesión señalando que la transferencia de acciones representativas de la Participación Mínima de un Socio Estratégico a un tercero, luego del quinto año de iniciada la Concesión, no está sujeta a la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación; corresponde realizar el análisis del Contrato de Concesión a efectos de determinar si el acápite i) del literal e) de la Cláusula 3.3 presenta ambigüedad alguna o poca claridad, de manera que amerite una interpretación por parte del Regulador.



33. Como se ha mencionado anteriormente, el Concesionario propone que OSITRAN realice la interpretación solicitada utilizando el método literal, en virtud del cual el Regulador se limitaría a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringirlo ni ampliarlo.
34. La cláusula del Contrato de Concesión materia de análisis establece específicamente lo siguiente:

"3.3.-La SOCIEDAD CONCESIONARIA debe, a la Fecha de Suscripción del Contrato, cumplir con lo siguiente:

(...)

e) El estatuto de la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe contener como mínimo las siguientes cláusulas:

- i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen el 35% de Participación Mínima del Socio Estratégico, que limite toda transferencia, disposición o gravamen de éstas a terceros o a otros socios distintos de los que conforman el Socio Estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta el quinto año de la Concesión, salvo por lo previsto en el literal c) de la cláusula 9.5. respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde el inicio de la Concesión con la finalidad de obtener financiamiento. A partir de dicha fecha el Socio Estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones previa aprobación del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR.

Las transferencias de la Participación Mínima entre quienes integren el Socio Estratégico deberán contar con la aprobación previa y por escrito del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR y deberán necesariamente mantener las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación Pública Internacional para entrega en Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca."

35. Tal como se advierte, la referida cláusula del Contrato de Concesión regula lo siguiente:

- i. El supuesto referido a la restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen el 35% de Participación Mínima del Socio Estratégico⁶, que limite toda transferencia, disposición o gravamen **de éstas a terceros o a otros socios distintos de los que conforman el Socio Estratégico**, de conformidad con el segundo párrafo del acápite i), se mantiene **hasta el quinto año de la Concesión.**
- ii. A partir del quinto año de la Concesión, para que el Socio Estratégico pueda transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones a terceros, deberá contar con la aprobación previa y por escrito del Concedente, con opinión del OSITRAN.

⁶ "Socio Estratégico
Son aquellos acciones (sic) o participacionistas de la SOCIEDAD CONCESIONARIA que individualmente o en conjunto si se trata de Consorcio cumplieron con los requisitos técnico-económicos y financieros necesarios para ser nombrado Participante Precalificado durante el procedimiento licitatorio y que habiendo obtenido la Buena Pro de la Licitación es titular de la Participación Mínima en la SOCIEDAD CONCESIONARIA según la declaración contenida en el Sobre N° 1. En el caso de Consorcio, la Participación Mínima podrá distribuirse entre quienes lo integran, sin necesidad de constituir una nueva persona jurídica."

[El subrayado es nuestro]



36. De lo expuesto, se advierte que no existe duda, oscuridad o ambigüedad alguna en la cláusula citada, que haga imposible su aplicación; por el contrario, se aprecia claramente los requisitos y restricciones para la transferencia de acciones de la Participación Mínima del Socio Estratégico, tanto dentro de los primeros cinco años de la Concesión como a partir del quinto año en adelante.
37. En ese orden de ideas, de la lectura del numeral i) del literal e) de la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, se advierte que el contenido de dicha cláusula no requiere de interpretación por parte de este Organismo Regulador. En efecto, de la lectura de la mencionada cláusula se desprende que en el caso particular de la restricción a la libre transferencia de participaciones que representen el 35% de la Participación Mínima del Socio Estratégico a terceros, se encuentra limitada hasta el quinto año de la concesión, temporalidad que fue alcanzada el 15 de enero del año 2008⁷. A partir de dicha fecha, en caso el Socio Estratégico requiera transferir dichas acciones a terceros, deberá previamente contar con la opinión del Regulador y la aprobación del Concedente.
38. En consideración a lo expuesto, habiéndose determinado con claridad el alcance de dicha cláusula, no procede el inicio del procedimiento de interpretación de la referida cláusula del Contrato de Concesión. Cabe mencionar que durante la vigencia de la Concesión, ninguna de las Partes ha manifestado tener dudas respecto al contenido de dicha cláusula o considerar que el mismo resulta oscuro o ambiguo.

H. Consideraciones para la opinión del Regulador

39. Como ha quedado claro del análisis precedente, a partir del quinto año de la Concesión, esto es, a partir del 15 de enero de 2008, en caso el Socio Estratégico requiera transferir las acciones que representen el 35% de la Participación Mínima a terceros, deberá contar previamente con la aprobación del Concedente y la opinión del Regulador.
40. Sobre el particular, el Concesionario ha señalado en su solicitud lo siguiente:

"(...) es posible que a la hora de evaluar una transferencia de acciones a terceros, una interpretación errónea pueda llevar a que se tome en cuenta la evaluación de las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación como una condición para la transferencia de acciones a terceros, lo cual evidentemente transgrediría (sic) lo establecido en el Contrato de Concesión".

41. Al respecto, debe señalarse que es competencia del Regulador verificar el cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, cautelando de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los usuarios a fin de garantizar la eficiencia de la explotación de la infraestructura concesionada.
42. En ese sentido, a efectos de que este Organismo Regulador emita opinión con relación a una posible transferencia de la Participación Mínima del Socio Estratégico a terceros, el Regulador tomará en cuenta la naturaleza y objeto de la Concesión. Así, en la Sección II: Naturaleza, Objeto, Modalidad y Caracteres del Contrato de Concesión, la Cláusula 2.1 señala lo siguiente:

⁷ "Año de la Concesión"

Es el período anual computado desde la fecha de suscripción del presente Contrato, contado de fecha a fecha, concluyendo un día igual al del año en el que se inició el cómputo."



"(...) que el objeto de la Concesión es aumentar el alcance de la infraestructura vial del país y mejorar la calidad de los servicios que ésta ofrece".

[El subrayado y negritas es nuestro]

43. En ese orden, la calidad del servicio de la Concesión estará asegurada en la medida que se cuente con un Concesionario que reúna la capacidad técnica y financiera suficiente para llevar una adecuada gestión de la Concesión, asumiendo sus obligaciones contractuales.
44. De lo expuesto, el Contrato de Concesión busca que el Concesionario de la Infraestructura cuente con la suficiente capacidad financiera y técnica que permita lograr un desempeño óptimo, tanto en la construcción como en la etapa operativa de la Concesión, de manera que se garantice un nivel de servicio adecuado a los usuarios de la carretera concesionada.
45. En tal sentido, dado que, de acuerdo al Contrato de Concesión, el Socio Estratégico es aquel accionista del Concesionario que cumple con los requisitos técnico-económicos y financieros, a efectos de emitir su opinión y dependiendo de las particularidades de cada caso, el Regulador evaluará que, ante una transferencia de su Participación Mínima a un tercero, éste cuente también con los requisitos financieros y técnicos suficientes para llevar a cabo la gestión de la Concesión y asumir las obligaciones del Concesionario, conforme a las exigencias establecidas en el Contrato de Concesión.

IV. CONCLUSIONES

1. De la lectura de la cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión, se advierte que ésta resulta clara y no ofrece dudas sobre su aplicación; por el contrario, se aprecia claramente los requisitos y restricciones para la transferencia de acciones de la Participación Mínima del Socio Estratégico, tanto dentro de los primeros cinco años de la Concesión como a partir del quinto año en adelante. En tal sentido, la solicitud de interpretación formulada por el Concesionario, debe ser desestimada, declarándose IMPROCEDENTE.
2. Dado que el Socio Estratégico es aquel accionista del Concesionario que cumple con los requisitos técnico-económicos y financieros, a efectos de emitir su opinión, el Regulador evaluará que, ante una transferencia de su Participación Mínima a un tercero, éste cuente también con los requisitos financieros y técnicos suficientes para llevar a cabo la gestión de la Concesión y asumir las obligaciones del Concesionario, conforme a las exigencias establecidas en el Contrato de Concesión.

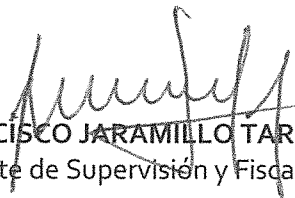


V. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, se recomienda desestimar la solicitud de interpretación de la Cláusula 3.3, literal e), acápite i) del Contrato de Concesión y, en consecuencia, declarar IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación presentada por el Concesionario.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


VICTOR ARROYO TOCTO
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

AQuispe/YGuevara/MJuárez/mee

Reg. Sal. 31013-15



OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO N° : 2126-2015-66
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 04/08/15

