

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 068-2005-CD-OSITRAN

Lima, 07 de noviembre de 2005

Vistos:

El Informe Nº 036-05-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 17 de octubre de 2005 y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados por la Gerencia General; y,

Considerando:

Que, el 5 de mayo de 2005 se otorgó la Buena Pró para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.

Que, el 17 de junio de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria.

Que, mediante Oficio Nº 002-08/2005-CINSA de fecha 10 de agosto de 2005, la empresa concesionaria solicitó a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN opinión respecto al Plazo de Vigencia de las Obligaciones de presentar un plan de conservación (punto 3.1 del Anexo I), de presentar reglamentos internos (cláusula 8.9) y de mitigación de problemas ambientales (cláusula 11.4), cuya vigencia considera suspendida de acuerdo a la definición de "vigencia de las obligaciones" y su remisión a las cláusulas 3.3, 3.4 y 3.5 del Contrato de Concesión.

Que, en respuesta a dicha solicitud, la Gerencia de Supervisión, mediante Oficio Nº 602-05-GS-OSITRAN de fecha 02 de setiembre de 2005, precisó que tales plazos no estaban suspendidos y que, en consecuencia, el Concesionario debe cumplir sus obligaciones contractuales según se establece en el Contrato de Concesión.

Que, a través del Oficio Nº 015/2005-CINSA de fecha 15 de setiembre de 2005, el Concesionario remitió a la Gerencia de Supervisión fundamentos adicionales por los que considera que tales obligaciones se encuentran suspendidas.

Que, en atención a dichas comunicaciones, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo el Informe de vistos en el que se analiza el problema de la vigencia de las obligaciones con la finalidad de que este Colegiado proceda a interpretar el Contrato de Concesión conforme a ley.

Que, luego de la revisión y discusión del análisis y conclusiones de dicho informe, el Consejo Directivo lo hace suyo, incorporándolo a la parte considerativa de la presente resolución.

Que consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal e) de la Ley Nº 26917, que faculta a OSITRAN interpretar 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 de fecha 2 de noviembre de 2005;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Interpretar el Contrato de Concesión sobre los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA” en el sentido que el efecto suspensivo a que hace referencia la definición “Fecha de Vigencia de las Obligaciones” y su concordancia con el inciso a) de la cláusula 3.3 no es de aplicación para los plazos específicos señalados en la cláusula 8.9 y en el punto 3.1 del Anexo I del mismo.

Artículo 2º.- Interpretar la cláusula 11.4 del referido Contrato de Concesión en el sentido que el Concesionario es responsable de los problemas ambientales de las áreas mencionadas en dicha cláusula que se hubiesen generado a partir de la suscripción del referido Contrato.

Artículo 3º.- Interpretar la cláusula 11.4 del referido Contrato de Concesión en el sentido que las labores de mitigación ambiental a que se refiere dicha cláusula solamente serán exigibles al Concesionario a partir del momento establecido como fecha de vigencia de las obligaciones.

Artículo 4º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 036-05-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria IIRSA Norte S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Ente Concedente.

Artículo 5º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente



INFORME N° 036-05-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Interpretación sobre la vigencia de las obligaciones en el Contrato de Concesión del Eje Multimodal del Amazonas Norte – IIRSA Norte

Fecha : 17 de octubre de 2005

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de mayo de 2005 se otorgó la Buena Pro para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.
2. El 17 de junio de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria.
3. Mediante Oficio N° 002-08/2005-CINSA de fecha 10 de agosto de 2005, la empresa concesionaria solicitó a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN opinión respecto al Plazo de Vigencia de las Obligaciones de presentar un plan de conservación (punto 3.1 del Anexo I), de presentar reglamentos internos (cláusula 8.9) y de mitigación de problemas ambientales (cláusula 11.4), cuya vigencia considera suspendida de acuerdo a la definición de "vigencia de las obligaciones" y su remisión a las cláusulas 3.3, 3.4 y 3.5 del Contrato de Concesión.
4. Por Oficio N° 602-05-GS-OSITRAN de fecha 02 de setiembre de 2005, la Gerencia de Supervisión precisó que tales plazos no estaban suspendidos y que, en consecuencia, el Concesionario debe cumplir sus obligaciones contractuales según se establece en el Contrato de Concesión.
5. Por Oficio N° 015/2005-CINSA de fecha 15 de setiembre de 2005, el Concesionario remitió a la Gerencia de Supervisión fundamentos adicionales por los que considera que tales obligaciones se encuentran suspendidas.



II. OBJETO

6. El objeto del presente informe es emitir opinión respecto de la vigencia de las obligaciones contempladas en el punto 3.1 del Anexo I, cláusula 8.9 y cláusula 11.4, a la luz de lo establecido por el Contrato de Concesión, a fin de elevarlo al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a interpretar el Contrato de Concesión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.

III. MARCO LEGAL

7. El artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente:

"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.

(...)"

IV. ANÁLISIS

IV.1 Cláusulas del Contrato de Concesión cuyos plazos son objeto de interpretación

8. Tal como se señaló en la sección de antecedentes, los plazos de las obligaciones materia del presente informe son los relativos a la presentación del plan de conservación (punto 3.1 del Anexo I), a la presentación de reglamentos internos (cláusula 8.9) y de mitigación de problemas ambientales (cláusula 11.4).
9. En dichas cláusulas el Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

ANEXO I: PROCEDIMIENTOS PARA LA CONSERVACIÓN, LA EXPLOTACIÓN Y PARA EL CONTROL DE LA GESTIÓN DEL CONCESIONARIO DE LOS TRAMOS VIALES DEL EJE MULTIMODAL DEL AMAZONAS NORTE

3.1 Dentro de los sesenta (60) Días posteriores a la suscripción del Contrato y dentro de los treinta (30) Días previos al comienzo de cada año de la Concesión, EL CONCESIONARIO someterá a consideración del CONCEDENTE un "Plan de Conservación" para el correspondiente período anual, que describa las obras o tareas que prevé ejecutar, con los diseños y especificaciones que correspondan.

SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

8.9.- El CONCESIONARIO someterá a consideración del REGULADOR, en un plazo no mayor de noventa (90) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, los proyectos de los siguientes reglamentos internos:

- a) De acceso a la utilización de los Tramos, incluyendo la utilización de los Servicios Obligatorios gratuitos y con cobro.
- b) De procedimientos operativos, incluyendo: procedimientos administrativos generales, procedimientos para la recaudación en las unidades de Peaje, procedimientos para la supervisión y el control de calidad, procedimientos de auditoría y procedimientos de control, vigilancia y seguridad.



- c) De personal.
- d) De prácticas de seguridad, control de tráfico y prevención de accidentes laborales.
- e) Para la atención de accidentes y emergencias.

El procedimiento de aprobación de los mencionados reglamentos internos por parte del REGULADOR se ceñirá a las disposiciones sobre la materia, siendo de aplicación, durante el proceso de aprobación de estos reglamentos, las disposiciones que ya hubiese dictado el REGULADOR sobre la materia. El CONCESIONARIO debe incorporar en la elaboración de sus reglamentos internos, los principios y regulaciones establecidas en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, señalándose la aplicación supletoria de dicho reglamento.

En caso de duda o discrepancia, prevalecerá el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

SECCIÓN XI: CONSIDERACIONES SOCIO AMBIENTALES

11.4.- El CONCESIONARIO sólo será responsable de la mitigación de los problemas ambientales que se generen en el Área de la Concesión, Área de Servicios Opcionales y/u otras áreas utilizadas para la instalación y operación de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, Canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.

IV.2 Posición de la Empresa Concesionaria

10. Sobre el particular, la empresa Concesionaria señala que las obligaciones contenidas en las cláusulas antes citadas se encuentran bajo condición suspensiva de acuerdo a lo establecido por la definición de "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" prevista en la cláusula 1.5:

Fecha de Vigencia de las Obligaciones

Es el día a partir del cual las obligaciones de cargo del CONCEDENTE y del CONCESIONARIO contenidas en las Secciones VI, VII, VIII, XI y en los Anexos I y XI del Contrato serán exigibles, y será la fecha en la cual las Partes hayan dado cabal y pleno cumplimiento a las condiciones indicadas en las Cláusulas 3.3., 3.4 y 3.5 del Contrato

11. En relación con la cláusula 3.3 resulta relevante lo establecido en su numeral a) en la medida que, tal como señala el Concesionario, "nuestro Consorcio ya comunicó al Concedente la decisión de optar por la LCE". La Línea de Crédito de Enlace" (LCE) ha sido, en efecto, establecida como un elemento condicionante de ciertas obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, tal como puede verse a partir del texto de dicha cláusula:

Constataciones en la Fecha de Suscripción del Contrato

3.3. El presente Contrato, entrará en vigencia a partir de la fecha de suscripción del mismo. Sin embargo, las obligaciones de las Partes contenidas en las Secciones VI, VII, VIII, XI y en los Anexos I y XI, solo serán exigibles para las Partes, cuando se cumplan al menos alguna de las siguientes condiciones:

- a) Luego de transcurridos treinta (30) Días Calendario desde que el CONCEDENTE haya comunicado al CONCESIONARIO, las condiciones referenciales de la Línea de Crédito de Enlace (Cláusula 18.2) aprobadas por el directorio de la entidad financiera multilateral, siempre que los actos y



procedimientos a cargo, bajo responsabilidad y/o que dependen del CONCEDENTE, previstos en el Contrato de Línea de Crédito de Enlace, hayan sido plenamente cumplidos por el CONCEDENTE.

- b) Que el Gobierno de la República del Perú hubiese suscrito el Contrato de Garantía de Crédito Parcial señalado en la Cláusula 18.1, siempre que el CONCESIONARIO hubiese comunicado su decisión de tomar dicho instrumento financiero.
- c) Que el CONCESIONARIO haya decidido no optar ni por la línea de Crédito de Enlace (Cláusula 18.2), ni el Contrato de Garantía Crédito Parcial (Cláusula 18.1).

En los casos a) y c) antes señalados, a la Fecha de la Vigencia de las Obligaciones serán exigibles todas y cada una de las obligaciones del Contrato, incluidas las previstas en el Anexo XI. En el caso señalado en el acápite b), a la Fecha de la Vigencia de las Obligaciones serán exigibles todas y cada una de las obligaciones del Contrato, con excepción de las previstas en el Anexo XI.

12. Adicionalmente, la empresa Concesionaria señala que "de acuerdo al Anexo XI del Contrato, la Fecha de Vigencia contará a partir de que: i) Se haya efectuado la entrega de las áreas de terreno; ii) Se haya aprobado los Proyectos de Ingeniería de Detalle correspondientes al Sub-Tramo Yurimaguas-Pongo de Cainarachi; y iii) Se haya aprobado el Plan de Gestión Ambiental para la Primera Etapa.". Al respecto, el Anexo XI señala lo siguiente:

ANEXO XI: EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LA PRIMERA ETAPA

En caso que el CONCESIONARIO decida o no tomar la Línea de Crédito de Enlace a que hace referencia la Cláusula 18.2 del Contrato, deberá iniciar la Construcción de las Obras de Rehabilitación y Mejoramiento correspondientes a la Primera Etapa a más tardar a los sesenta (60) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Vigencia de Obligaciones para lo cual se deberá haber cumplido copulativamente con:

- i. Se haya efectuado la entrega de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión correspondientes a la Primera Etapa o por lo menos del SubTramo Yurimaguas-Pongo de Cainarachi (Km 57 al 114) según las condiciones de las Cláusulas 5.6 y 5.7.
 - ii. El CONCEDENTE haya aprobado los Proyectos de Ingeniería de Detalle correspondientes al Sub-Tramo Yurimaguas – Pongo de Cainarachi (km. 57 al 114), de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 6.6, 6.7 y 6.8.
 - iii. El CONCEDENTE haya aprobado el Plan de Gestión Ambiental para la Primera Etapa indicada en la Cláusula 6.1 o por lo menos del SubTramo Yurimaguas - Pongo de Cainarachi (Km 57 al 114) y de acuerdo a lo estipulado en la Sección XI "Consideraciones Socio Ambientales"
- (...).

13. Tal como queda en evidencia, la empresa concesionaria señala que la vigencia de las obligaciones cuyo plazo es materia de análisis se encuentra suspendida no solamente en tanto no se apruebe la LCE, sino también respecto de los tres supuestos previstos en el Anexo XI previamente transcritos.

14. Respecto a los condicionantes a que hace mención la empresa concesionaria y que fueron indicados anteriormente, de manera preliminar, debemos señalar que el Anexo XI es claro en condicionar "la Construcción de las Obras de Rehabilitación y Mejoramiento correspondientes a la Primera Etapa" a los tres supuestos antes mencionados. Sin embargo, consideramos que aspectos como la presentación del



plan de conservación (punto 3.1 del Anexo I), la presentación de Reglamentos (cláusula 8.9) y las obligaciones de mitigación ambiental (cláusula 11.4) no constituyen obras de rehabilitación y mantenimiento, motivo por el cual la vigencia de éstas no puede condicionarse en los términos señalados por el Concesionario.

15. Al margen de ello, corresponde entonces evaluar e interpretar qué relación existe entre las obligaciones contenidas en las cláusulas antes mencionadas, de una parte, y la definición de "fecha de vigencia de las obligaciones" y su concordancia con las cláusulas 3.3, 3.4 y 3.5.

IV.3 Problema a analizar

16. En primer término es importante partir de lo señalado por el Concesionario en el sentido que *"podemos afirmar que los diferentes plazos a los que hacemos referencia en los 3 primeros numerales de esta carta son contradictorios con lo previsto en las Cláusulas pertinentes referente a la Vigencia de las Obligaciones"*.
17. Sobre el particular coincidimos con lo señalado por la empresa concesionaria en el sentido que los plazos contenidos en el punto 3.1 del Anexo I, la cláusula 8.9 y la cláusula 11.4 no guardan coherencia con las cláusulas contractuales que regulan la vigencia de las obligaciones. En efecto, de acuerdo a las primeras, la vigencia de las obligaciones ocurre en momentos ciertos tomando como punto de partida la suscripción del Contrato de Concesión (desde la suscripción o luego de un plazo contado desde tal hecho), mientras que de acuerdo a las cláusulas sobre vigencia de obligaciones, aquéllas estarían condicionadas a hechos futuros.
18. La interpretación del Concesionario es que existe contradicción entre las cláusulas y que, como consecuencia de ello, todas las obligaciones mencionadas en las cláusulas sobre vigencia de las obligaciones —es decir, las contenidas en las Secciones VI, VII, VIII y XI y los Anexos I y XI del Contrato de Concesión— se encuentran bajo condición suspensiva, no siendo por tanto exigibles.
19. No obstante la posición de la empresa concesionaria sobre este tema lo cierto es que, en efecto, no existe coherencia entre los dos grupos de cláusulas antes mencionados pues queda en evidencia que su redacción no resulta armónica dados los resultados divergentes que la lectura individual de cada una de ellas arrojaría.
20. La divergencia antes mencionada hace necesario proceder a interpretar las cláusulas del Contrato de Concesión de acuerdo a los métodos jurídicos previstos por la ley y por la doctrina. En tal sentido, desde la perspectiva de la función de interpretación a cargo de OSITRAN, el punto de partida es el reconocimiento de cláusulas cuya lectura literal conjunta no es armónica pues unas señalan plazos ciertos cuyo cómputo se hace a partir de una fecha claramente definida (la suscripción del Contrato de Concesión), mientras que otras han sido redactadas supeditando la vigencia de las obligaciones a ciertas condiciones (hechos futuros e inciertos cuya regulación está contemplada en los artículos 171 a 177 del Código Civil).
21. En tal sentido el proceso interpretativo debe llevar a la definición del sentido de las diversas cláusulas del Contrato de Concesión cuando, como se señaló, la literalidad de las mismas difiere.



IV.4 Marco general para el proceso de interpretación jurídica de los contratos

22. El proceso de interpretación jurídica en general es una actividad compleja que, en el presente caso, resulta particularmente delicada dado el contexto de cláusulas divergentes antes mencionado. En efecto, tal como señala Messineo¹:

"... la tarea del que interpreta un contrato es mucho más compleja y ardua puesto que debe, además de eliminar las eventuales dudas o ambigüedades, aclarar también cuál es la voluntad concreta de las partes; en consecuencia, realiza una función objetiva y subjetiva a la vez

(...)

La actividad del intérprete sirve o debería servir para sustituir a la interpretación unilateral y controvertida de cada una de las partes, una interpretación, más adecuada que se deja inferir de la voluntad común"

23. Sin perjuicio de su calidad legal de contrato administrativo (calidad que por sí misma puede afectar su forma de interpretación en atención al interés público involucrado), al presente Contrato de Concesión resultan de aplicación supletoria las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en el Código Civil.
24. El Código Civil ha planteado algunos criterios de interpretación de actos jurídicos en sus artículos 168 a 170:

Artículo 168.- *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

Artículo 169.- *Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

Artículo 170.- *Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.*

25. Estos artículos contemplan aspectos tales como la declaración de las partes como punto de partida del proceso interpretativo (que no se reduce a la interpretación literal sino a la objetivización de las declaraciones); el principio de la buena fe (de carga claramente valorativa sobre aspectos como la eficacia o la confianza en las declaraciones); el método de interpretación sistemático del acto (entendiendo unas cláusulas a través de las otras y que, como una unidad, cada una de sus cláusulas cumple un cometido); y, el método de interpretación razonable/finalista (sobre la base del objeto y naturaleza del acto). Es importante señalar que la utilización de estos métodos de interpretación jurídica ha sido prevista en los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Recoversión de Contratos de Concesión", aprobados mediante Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

26. Ciertamente tales elementos deben ser tomados en cuenta en el proceso de interpretación, sin perjuicio de otros principios, métodos o técnicas aportados por la doctrina nacional y extranjera. En tal sentido, y en concordancia con lo establecido por el Código Civil, Sconamiglio² señala que:

¹ Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, págs. 88 y 90.

² Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1991, pág. 236.



"... la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo, que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."

IV.5 Ámbito de aplicación de las cláusulas a interpretar

27. Atendiendo a que el proceso de interpretación jurídica debe ser realizado bajo parámetros de significación completa del acto y una valoración amplia de los aspectos que involucra, es importante tomar en consideración el ámbito de aplicación de las distintas cláusulas a interpretar. En primer lugar, se analizarán las cláusulas 3.3, 3.4 y 3.5, conjuntamente con la definición de "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" (cláusula 1.5), para luego evaluar el ámbito de las obligaciones contenidas en el punto 3.1 del Anexo I, la cláusula 8.9 y la cláusula 11.4 del Contrato de Concesión.
28. La cláusula 3.3 tiene un ámbito de aplicación que es amplio y general, pues ha sido redactada para abarcar la totalidad de las obligaciones del Contrato de Concesión. En efecto, esta cláusula divide, en términos generales, la vigencia de las obligaciones en dos grandes grupos: (i) las obligaciones cuya vigencia ocurre a partir de la suscripción del Contrato de Concesión y (ii) las obligaciones exigibles al cumplimiento de alguna de las condiciones que expresamente prevé. Para efecto del presente informe y tal como ha señalado el propio concesionario, resulta relevante la condición prevista en el literal a) relacionada con la comunicación por parte del Concedente al Concesionario de las condiciones referenciales de la LCE aprobada por el directorio de la entidad financiera multilateral.
29. Por su parte, la definición "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" contenida en la cláusula 1.5 recoge el segundo de los grupos antes mencionado para identificar un conjunto de obligaciones cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo respecto de la suscripción del Contrato de Concesión. Esta definición supedita la exigibilidad de las obligaciones contenidas en las Secciones VI, VII, VIII y XI y los Anexos I y XI del Contrato de Concesión, al cumplimiento de las condiciones señaladas en las cláusulas 3.3, 3.4 y 3.5. En tal sentido, esta definición también tiene un ámbito de aplicación amplio y general.
30. La cláusula 3.4 aparece bajo el encabezado "Condiciones para las Obligaciones del Concedente" y, en efecto, describe una serie de obligaciones a cumplir por el Concesionario con la finalidad de hacer exigibles las obligaciones de cargo del Concedente y, en particular, la suscripción del Contrato de Concesión. Simplemente a título de ejemplo están las obligaciones de entrega de la propuesta de pólizas de seguros, que el estatuto del concesionario contenga ciertas previsiones específicas, entrega de una carta de intención de parte de una entidad financiera nacional o internacional, entre otras.
31. Tratándose de condiciones para la exigibilidad de las obligaciones a cargo del Concedente y, en particular, para la suscripción del Contrato de Concesión que se llevó a cabo el 17 de junio pasado, esta cláusula 3.4 carece de relevancia para el análisis de las obligaciones de cargo del Concesionario.



32. La cláusula 3.5 aparece bajo el encabezado "Condiciones para las Obligaciones del Concesionario" y en ésta se establecen dos condiciones a cargo del Concedente: (i) la devolución de la garantía de validez, vigencia y seriedad de la oferta entregada por el Concesionario; y, (ii) entrega al Concesionario de los listados de bienes reversibles sobre la base de la cual se elaborará el inventario inicial.
33. Al respecto, entendemos que las condiciones mencionadas ya han sido cumplidas motivo por el cual esta cláusula carece de relevancia para el análisis de las obligaciones a cargo del Concesionario contenidas en el punto 3.1 del Anexo I, la cláusula 8.9 y la cláusula 11.4 del Contrato de Concesión. Dichas obligaciones deben entonces ser interpretadas a la luz de lo establecido en la definición de "fecha de vigencia de las obligaciones" y su concordancia con la cláusula 3.3, literal a).
34. En relación con el ámbito de aplicación de las obligaciones contenidas en el punto 3.1 del Anexo I, la cláusula 8.9 y la cláusula 11.4 del Contrato de Concesión es necesario tener en cuenta que en cada caso se trata de obligaciones específicas, con un ámbito muy concreto. En efecto, estas cláusulas están referidas específicamente a presentación del plan de conservación, de cinco reglamentos y de mitigación de problemas ambientales.
35. Tener en cuenta el ámbito de aplicación de las cláusulas divergentes es un aspecto relevante en la interpretación, en la medida que los escenarios a enfrentar por el encargado de realizar la interpretación varían. En efecto, si las cláusulas divergentes tienen el mismo ámbito de aplicación el efecto de cada una vendría siendo anulado o cambiado por la otra, existiendo muchas posibilidades de que el intérprete concluya que no es posible optar por ninguna o, lo que es lo mismo, que ninguna generará efectos. De otra parte, si las cláusulas divergentes tienen distinto ámbito los escenarios posibles son los de predominancia de la de mayor ámbito o el de coexistencia de ambas en la que no se produce el efecto de anulación mutua.

IV.6 Contenido de las cláusulas a interpretar

36. Para efecto del presente informe, la definición de "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" (cláusula 1.5) antes citada establece que las obligaciones del Concesionario contenidas en las Secciones VI, VII, VIII y XI y los Anexos I y XI del Contrato de Concesión serán exigibles a partir del cumplimiento de alguna de las condiciones contenidas en la cláusula 3.3³. Por su parte, la cláusula 3.3 contiene de manera alternativa tres supuestos, siendo relevante –tal como afirma el propio concesionario- el relativo a la Línea de Crédito de Enlace⁴.
37. Las secciones y anexos del Contrato de Concesión antes referidos son los siguientes:

- Sección VI: Obras de Rehabilitación y Mejoramiento iniciales
- Sección VII: Conservación de las Obras
- Sección VIII: Explotación de la Concesión

³ Tal como se señaló previamente, no resulta relevante para efecto de la presente interpretación lo establecido en las cláusulas 3.4 y 3.5.

⁴ Es decir, tales obligaciones serán exigibles una vez cumplidos 30 días calendarios desde la fecha en que el Concedente comunique al Concesionario las condiciones referenciales de la Línea de Crédito de Enlace y una vez que el Concedente haya cumplido con todos los procedimientos relacionados con el Contrato de la Línea de Crédito de Enlace a su cargo.



- Sección XI: Consideraciones Socio Ambientales
 - Anexo I: Procedimientos para la Conservación, la Explotación y para el control de la gestión del Concesionario de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte
 - Anexo XI: Ejecución de las obras de la primera etapa
38. Al respecto, de acuerdo a lo establecido por la cláusula 18.2, la Línea de Crédito de Enlace es un crédito obtenido por el Concesionario de una entidad financiera multilateral garantizado por el Estado Peruano. Esta línea de crédito busca facilitar la realización de la construcción de las obras y puede ser reinstalada sucesivas veces para cualquiera de las etapas de construcción.
39. De otra parte, en relación con las obligaciones previstas en el punto 3.1 del Anexo I (plan de conservación), la cláusula 8.9 (reglamentos internos) y la cláusula 11.4 (mitigación de problemas ambientales) del Contrato de Concesión es necesario tener en consideración que las dos primeras tienen ciertas diferencias respecto de la tercera que vale la pena poner de manifiesto.
40. En efecto, respecto del plan de conservación el punto 3.1 del Anexo I prevé que éste debe presentarse dentro de los 60 días posteriores a la suscripción del Contrato de Concesión y para los reglamentos internos la cláusula 8.9 prevé que el plazo sea de 90 días calendarios a partir de la misma fecha. Estas obligaciones tienen en común el constituir documentos previos a la realización de las actividades de conservación y de explotación, respectivamente. En tal sentido se trata de actividades previas o preparatorias a la conservación y explotación respectivamente.
41. En contraposición a ello, la cláusula 11.4 no prevé en estricto un plazo sino un momento en el tiempo a partir del cual el Concesionario es responsable de mitigar problemas ambientales. Esta cláusula entonces contiene dos aspectos claramente diferenciables: (i) la asignación de la responsabilidad en materia ambiental; y, (ii) la exigibilidad de la obligación de mitigación de problemas ambientales.
42. Las semejanzas y diferencias antes señaladas serán tomadas en consideración al momento de interpretar cada una de estas obligaciones.

IV.7 Plan de Conservación y los Reglamentos Internos

43. El punto de partida de la labor de interpretación jurídica es la declaración o declaraciones contenidas en el Contrato de Concesión. Ello deriva de lo establecido por el artículo 168 del Código Civil, respecto del cual Lohman⁵ comenta lo siguiente:

“Según la redacción de este artículo es materia de interpretación la intención hecha objetiva por el agente, adoptando lo expresado como marco y como punto de partida. Lo declarado, así, viene a constituirse como la puerta de ingreso a la voluntad contenida en la declaración y, a la vez, marco de la misma.”

44. Las declaraciones contractuales (lo “expresado”) cumplen entonces dos finalidades: es el punto de partida del proceso interpretativo y constituye el marco de análisis. Como punto de partida implica que la interpretación no se agota en su literalidad,

⁵ Lohman Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima, Grijley, 1997, pág 264.



pero como marco de análisis supone que no puede ignorarse debiendo la interpretación enmarcarse dentro de los parámetros de la declaración.

45. Las declaraciones que son materia de interpretación y marco de la misma establecen expresamente obligaciones con plazos ciertos y cuyas fechas de inicio de computo son también ciertas, de una parte, y un condicionamiento de vigencia de obligaciones también expreso con carácter general que abarca un conjunto de obligaciones entre las que se incluyen las primeras (con los plazos ciertos).
46. Resulta por demás evidente la falta de concordancia en la redacción de ambos grupos de cláusulas pero que, no obstante, deben ser interpretadas tomando en cuenta esta deficiencia; así lo reconoce el propio Lohman⁶ cuando, citando a Emilio Betti, señala que:

"Por eso dice Betti que el objeto de la interpretación es una declaración o un comportamiento, no abstractos, sino en el marco de circunstancias que les confieren significado y valor objetivos, y su función, entre otras, es reconstruir el precepto de voluntad declarada más allá de la expresión inadecuada."

47. Es necesario entonces reconstruir la declaración contractual asumiendo la falta de concordancia antes mencionada. Para ello es importante tener en cuenta el denominado principio de la buena fe recogido también por el artículo 168 del Código Civil. Sobre este principio, Borda⁷ señala lo siguiente:

"Aplicado a esta materia, el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales"

48. La buena fe como principio interpretativo es de orden objetivo y ello queda en evidencia desde el momento en que, como en la cita precedente, se le vincula a los efectos que se confía serán producidos por la declaración o el acuerdo.
49. Sobre la base de este principio de buena fe, tanto las cláusulas que establecen los plazos a partir de la suscripción del contrato como las que establecen la condición suspensiva deberían tener efectos. Y esto es así sobre la base de la declaración misma. En ambos casos el contrato contempla expresamente cláusulas que, sin duda buscan generar consecuencias jurídicas.
50. En tal sentido, debe evaluarse la posibilidad de articular las cláusulas de manera tal que generen efectos. En este punto conviene recordar lo previamente mencionado respecto del ámbito de aplicación de las cláusulas que son materia de interpretación. Las cláusulas que establecen la condición suspensiva son de aplicación a un conjunto amplio de obligaciones contenidas en las Secciones VI, VII, VIII y XI y los Anexos I y XI del Contrato de Concesión, mientras que la cláusula 8.9 y el punto 3.1 del Anexo I están referidas a obligaciones específicas como son las de presentar el plan de conservación y los reglamentos internos.

51. Si se optara por interpretar, como sugiere el Concesionario, que dichas obligaciones específicas se encuentran condicionadas, el resultado sería que los plazos contenidos en la Cláusula 8.9 y el punto 3.1 del Anexo I en realidad no son tales. Es

⁶ Ibid., pág 254.

⁷ Borda, Alejandro. *Manual de Contratos*. Buenos Aires, Perrot, 1993, pág. 54.



importante señalar que el centro de la discusión son los efectos de plazos o condiciones y no la existencia de las obligaciones mismas. Esta interpretación, en términos prácticos, implica negar los plazos ciertos de dichas cláusulas, es decir, eliminar todo efecto posible de los mismos.

52. Por el contrario, si se interpreta que la entrega del plan de conservación y de los reglamentos debe realizarse dentro de los plazos previstos por la Cláusula 8.9 y el punto 3.1 del Anexo I, sin duda se afecta el ámbito de aplicación de la definición "fecha de vigencia de las obligaciones" y el inciso a) de la cláusula 3.3, pero no se elimina el efecto de condicionamiento suspensivo respecto de otras obligaciones contenidas en dichas y otras secciones del Contrato de Concesión. En este caso, ambos grupos de cláusulas, en lo que a plazos y condiciones se refiere, coexisten y generan efectos.
53. Ahora bien, cabría preguntarse sobre qué base se puede limitar el ámbito de aplicación de cláusulas contractuales como las de la definición "fecha de vigencia de las obligaciones" y la cláusula 3.3. La respuesta a ello es precisamente la existencia también de la Cláusula 8.9 y el punto 3.1 del Anexo I. Se trata pues de una declaración de voluntad cuyos efectos se ven restringidos como consecuencia de otra declaración de voluntad de las mismas partes.
54. Bajo el principio jurídico de la buena fe, debe interpretarse el contrato en el sentido en que las diversas cláusulas van a generar efectos y no que unas terminen anulando el efecto de las otras. Al respecto, Sconamiglio⁸ afirma que:

"... si las partes celebran el acuerdo sobre algún punto, es obvio que hayan pretendido obtener algún efecto (a menos que se trate de un juego) y, por lo tanto, debe atribuirse a dicho acuerdo el único significado útil."

55. Ello es complementado también por el denominado "principio de conservación" por medio del cual, en la medida de lo posible y dentro de los márgenes admisibles de interpretación, debe optarse por los efectos incluso restringidos antes que su ineficacia o nulidad. Ello resulta aplicable no solamente al contrato en su conjunto, sino también a las cláusulas del mismo tal como lo señalan Messineo y Lohman:

*"Principal, entre las normas reguladoras de la interpretación objetiva del contrato, es la que sanciona el principio llamado de conservación (favor contractus), según el cual, cuando sea dudoso si el contrato en su conjunto (o también ciertas de sus cláusulas individuales) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda ser productor de algún efecto ..."*⁹

*"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. Según este principio, y como también es lógico que nadie se obliga porque sí, sin razón, sin querer nada, el intérprete debe juzgar los términos de la declaración de modo tal que revelen una intención y un sentido que puedan revestir utilidad y efecto social o económico ..."*¹⁰



⁸ Scognamiglio, Renato. *Op. Cit.*, pág. 244.

⁹ Messineo, Francesco. *Op. Cit.*, pág. 115.

¹⁰ Lohman Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. Cit.*, pág. 262.

56. En consecuencia, bajo los principios jurídicos de buena fe y conservación del contrato, debe interpretarse que el efecto suspensivo de la definición "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" y su concordancia con el inciso a) de la cláusula 3.3 no es de aplicación para los plazos específicos señalados en la cláusula 8.9 y en el punto 3.1 del Anexo I del Contrato de Concesión.
57. Además de los principios antes mencionados, el Código Civil contempla en su artículo 169 la denominada interpretación sistemática. Este mecanismo de interpretación supone, de una parte, entender el contrato como una unidad y, derivado de ello, que las cláusulas que lo integran se interrelacionan unas con otras.
58. En relación con este método de interpretación, y comentando el referido artículo, Lohman¹¹ señala lo siguiente:

"Con el principio de interpretación sistemática de que ya se ha hablado, el intérprete ha de juzgar como una unidad coherente todo el contenido del precepto, en el entendido que razonablemente las distintas partes de lo declarado deben tener alguna utilidad, mayor o menor; una relación entre sí y una justificación en el todo. Lo cual no significa que hay que interpretar todo lo declarado, sino que, cual un rompecabezas, cada pieza (no solamente la estipulación, sino también la relación de las palabras entre sí y el orden de las mismas) es necesaria para la visión del conjunto."

"Esto es así porque los negocios suelen ser un todo o conjunto armónico, de suerte que las estipulaciones que lo integran deben interpretarse de modo complementario, sin que parezca correcta su absoluta individualización, debido a que es el conjunto negocial el que pretende unos propósitos globales, sin perjuicio de las particulares previsiones que a dichos fines o propósitos coadyuvan."

59. La interpretación sistemática, desde la perspectiva de las relaciones entre sus distintas cláusulas, toma como punto de partida la utilidad o efecto de las declaraciones que lo conforman. En tal sentido, bajo este método de interpretación se busca entender las cláusulas unas en función de las otras, lo cual supone -como en el símil del rompecabezas- reconocer la función de cada una y armonizarla con el resto.
60. Bajo este método entonces analicemos el tema a interpretar, es decir, un condicionamiento general de vigencia de obligaciones, de una parte, y la vigencia de obligaciones específicas de acuerdo a plazos ciertos, por el otro. También es importante reiterar que el aspecto bajo análisis no es la existencia de las obligaciones, sino solamente su vigencia.
61. Si el punto de partida es reconocer que cada una de las cláusulas en cuestión debe surtir algún efecto, no puede entonces adoptarse una interpretación bajo este método a través del cual el sentido de una (la condición) termine anulando el efecto de la otra (el plazo). Ello implicaría que las cláusulas que establecen los plazos ciertos no están siendo interpretadas en función de las cláusulas que establecen el condicionamiento a la vigencia de las obligaciones, sino siendo simplemente dejadas de lado. Utilizando nuevamente el símil del rompecabezas, se trataría de piezas que no buscan ser armonizadas sino que simplemente serían eliminadas del tablero.

¹¹ Ibid., pág. 272 y 273.



62. Por el contrario, aceptar el efecto de los plazos ciertos -aún asumiendo que se restringe el ámbito del condicionamiento de la vigencia de las obligaciones-, supone que tanto la condición suspensiva como el plazo juegan un rol y que, por vía de interpretación, debe entenderse como efectivo y complementario.
63. Otra de las formas de enfocar este método jurídico de interpretación sistemática es introducir el elemento finalista, es decir, entender las diferentes cláusulas en función de la finalidad o razón de ser de cada una y proceder a interrelacionarlas.
64. Al respecto, tal como se señaló, la definición de "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" constituye un condicionamiento general sobre la exigibilidad de las obligaciones del Concesionario a las que se refieren las Secciones VI, VII, VIII y XI del Contrato de Concesión, así como de sus Anexos I y XI. Ello quiere decir que lo que se ha condicionado son las obligaciones relativas a:
- Obras de Rehabilitación y Mejoramiento iniciales
 - Conservación de las Obras
 - Explotación de la Concesión
 - Consideraciones Socio Ambientales
 - Procedimientos para la Conservación, la Explotación y para el control de la gestión
 - Ejecución de las obras de la primera etapa
65. De otra parte, la condición que da lugar a la vigencia de las obligaciones está vinculada con la mencionada Línea de Crédito de Enlace (literal a) de la cláusula 3.3). Ello quiere decir que la finalidad de este diseño del Contrato de Concesión está orientada a que no pueda exigirse al Concesionario el cumplimiento de obligaciones de rehabilitación y mejoramiento iniciales, ejecución y conservación de las obras, explotación de la Concesión y cumplimiento de obligaciones de orden ambiental, si es que no se cuenta con el financiamiento derivado de dicha línea de crédito.
66. De otra parte, la presentación de un plan de conservación (punto 3.1 del Anexo I), en estricto, no implica realizar las actividades de conservación, sino que constituye un aspecto previo, una actividad preliminar a la realización de las labores de conservación propiamente dichas. En efecto, la planificación de la actividad no es la actividad misma; sin duda alguna existe una relación entre ambas pero son claramente diferenciables.
67. De igual manera, la presentación de los Reglamentos Internos, si bien está relacionada con las actividades de explotación de la Concesión, no constituyen las actividades de explotación misma. Tales reglamentos señalan de manera previa la forma en que se van a realizar las actividades de explotación.
68. En atención a lo señalado en los numerales anteriores, puede concluirse que la finalidad del condicionamiento está orientado a prevenir las actividades, en este caso, de conservación y explotación de la Concesión, no así las actividades preliminares al cumplimiento de tales obligaciones como son la presentación del plan de conservación o de los reglamentos internos. Desde esta perspectiva, consideramos que afirmar la efectividad de los plazos ciertos para la presentación de tales documentos no desvirtúa el condicionamiento de las obligaciones a cargo del Concesionario, en el entendido son las obligaciones mismas y no la actividad preliminar de presentar documentos la que se encuentra condicionada.



69. Lo anteriormente mencionado no implica que OSITRAN pueda libremente definir qué está obligación está o no condicionada a la obtención del financiamiento. En efecto, debe recordarse que el punto de partida de esta interpretación es un pacto expreso que establece plazos ciertos para obligaciones específicas. Esta última parte del análisis está orientada entonces a poner en evidencia que tales plazos específicos no resultan contrarios a la finalidad del condicionamiento, en la medida en que éstos están referidos a actividades preliminares y no a las obligaciones sustantivas condicionadas.
70. En tal sentido, la utilización del método de interpretación sistemático confirma entonces la conclusión interpretativa derivada de los principios de conservación y buena fe, en el sentido que el efecto suspensivo de la definición "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" y su concordancia con el inciso a) de la cláusula 3.3 no es de aplicación para los plazos específicos señalados en la cláusula 8.9 y en el punto 3.1 del Anexo I del Contrato de Concesión.
71. Finalmente, el artículo 170º del Código Civil está orientado a que las expresiones, declaraciones o cláusulas sean interpretadas de la forma más adecuada a la naturaleza y objeto del contrato. Al respecto, consideramos que el hecho de tratarse de una concesión de infraestructura vial cofinanciada (naturaleza) cuyo objeto incluye principalmente actividades de construcción, explotación y mantenimiento de la misma (objeto) no aporta elementos útiles para la presente interpretación.

IV.8 Mitigación de problemas ambientales

72. Previamente en el análisis, señalamos que la obligación contenida en la cláusula 11.4 difería de aquéllas relacionadas con la presentación de documentación preliminar a las labores de conservación y explotación. Ello queda en evidencia con la sola lectura comparativa de las correspondientes cláusulas y justifica su evaluación por separado.
73. De igual manera se mencionó que la cláusula 11.4 contiene dos aspectos claramente diferenciables: (i) la asignación de la responsabilidad en materia ambiental; y, (ii) la exigibilidad de la obligación de mitigar problemas ambientales. En efecto, ello se deriva también de los propios argumentos de la empresa Concesionaria que, al basarse en las cláusulas relacionadas con la vigencia de las obligaciones, no cuestionan la existencia de las mismas sino el momento en que pueden ser exigidas.
74. En este punto, creemos que no existe divergencia entre la asignación de responsabilidad en materia ambiental y las cláusulas de vigencia de las obligaciones. En efecto, el simple hecho que a alguien se le asigne una responsabilidad no quiere decir por sí mismo que deba ejecutarse de manera inmediata.

En tal sentido, cuando la cláusula 11.4 señala que el Concesionario "sólo será responsable de los problemas ambientales que se generen ... a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato" está específicamente asignando una responsabilidad y, al mismo tiempo, limitando la responsabilidad del Concedente. Efectivamente, lo que tal cláusula establece es que los problemas ambientales pueden generarse antes o después de la suscripción del contrato, siendo los últimos de responsabilidad del Concesionario. Hasta este punto no existe ni conflicto ni divergencia alguna respecto de la cláusula de vigencia de las obligaciones.



76. De otra parte, la asignación de responsabilidad en materia ambiental determina que en algún momento dicha responsabilidad deba materializarse a través de la realización de actividades de mitigación. Es en este aspecto en donde existen claras relaciones con las cláusulas de condicionamiento de la vigencia de las obligaciones y, por lo tanto, sí creemos necesario proceder concordarlas.
77. Téngase en cuenta que esta cláusula no establece plazo alguno respecto del cual realizar las labores de mitigación ambiental, ni que tales actividades deban ser realizadas a partir de la suscripción del Contrato de Concesión¹² sino que, como señaláramos, indica el punto de quiebre a partir del cual la responsabilidad es trasladada al Concesionario.
78. En tal sentido, la interpretación sistemática de la cláusula 11.4 con las relativas a las de la vigencia de las obligaciones determina que el Concesionario es el responsable de los problemas ambientales de las áreas mencionadas en dicha cláusula y que se hubiesen generado a partir de la suscripción del Contrato de Concesión. De otra parte, las labores de mitigación ambiental solamente serán exigibles al Concesionario a partir del momento establecido como fecha de vigencia de las obligaciones.
79. Finalmente, y en la misma línea de interpretación finalista antes realizada, las actividades de mitigación ambiental no son actividades preparatorias en esta materia, sino el cumplimiento sustancial de este tipo de obligaciones.
80. En tal sentido, el esquema de condicionamiento general de la vigencia de obligaciones (en este caso, socio ambientales) a la línea de crédito de enlace determina que no pueda interpretarse que la mitigación sea exigible con anterioridad a la verificación de dicha condición suspensiva. En consecuencia, ello confirma entonces la interpretación de esta cláusula previamente realizada.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

1. Por lo expuesto en el presente informe, estas gerencias consideran que debe interpretarse el Contrato de Concesión en el sentido que:
 - a. El efecto suspensivo contenido en la definición "Fecha de Vigencia de las Obligaciones" y su concordancia con el inciso a) de la cláusula 3.3 no es de aplicación para los plazos específicos señalados en la cláusula 8.9 y en el punto 3.1 del Anexo I del Contrato de Concesión.
 - b. La cláusula 11.4 determina el Concesionario sea responsable de los problemas ambientales de las áreas mencionadas en dicha cláusula y que se hubiesen generado a partir de la suscripción del Contrato de Concesión, mientras que las labores de mitigación ambiental solamente serán exigibles al Concesionario a partir del momento establecido como fecha de vigencia de las obligaciones.



¹² Es por este motivo que en respecto de esta cláusula no existe la divergencia de efectos que sí existía a partir de la literalidad de las previamente analizadas.

2. Recomendar la elevación del presente informe al Consejo Directivo para que, en ejercicio de sus facultades en materia de interpretación de Contratos de Concesión, se pronuncie sobre el sentido de las cláusulas analizadas en el presente informe, para tal efecto se adjunta al presente informe el proyecto de resolución del Consejo Directivo correspondiente.

Atentamente,



GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación



FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JM-CGG/gsg
REG-SAL-GRE-05-7889
TD: 7045-6114