



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 076-2013-CD-OSITRAN

Lima, 03 de diciembre de 2013

VISTOS:

El Informe Nº 067-2013-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 28 de noviembre de 2013, emitido por las Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, así como el Oficio Nº 867-2013-APN/GG, el Oficio Nº 940-2013-APN/GG, que remite el Informe Técnico Legal Nº 035-2013-APN/DIRTEC/UAJ y la Carta Nº 0379-2013-APMTC/PRJ; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de mayo de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en lo sucesivo, la APN), en representación del Estado Peruano y a título propio, suscribió con APM Terminals Callao S.A. (en lo sucesivo, APM Terminals) el Contrato de Concesión para la modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, a través de la Carta Nº 304-2013 APMT/PRJ del 15 de agosto 2013, APM Terminals comunicó a la Autoridad Portuaria Nacional que para enero del 2014 arribaran grúas pórtico de muelle como parte de las obras comprendidas en la Etapas 1 y 2 del Expediente Técnico aprobado.

Que, mediante el Oficio Nº 940-2013-APN/GG, recibido en OSITRAN el 20 de setiembre 2013, la APN formalizó su solicitud de interpretación, adjuntando el Informe Técnico Legal Nº 035-2013-DIRTEC/UAJ.

Que, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica han presentado al Consejo Directivo el Informe Nº 067-2013-GS-GAJ-OSITRAN, realizando el análisis respectivo, con el objeto de determinar vía interpretación si de conformidad con las cláusulas 6.24 y 6.25 se puede recibir parcialmente las obras o equipamiento solicitado por APM Terminals Callao S.A. (en lo sucesivo, APM Terminals) sin haberse culminado aún las etapas de construcción;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Nº 067-13-GSF-GAJ-OSITRAN, 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 Nº 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 Nº 26917, y artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, que faculta a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión de fecha 03 de diciembre de 2013;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Interpretar la cláusula 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión para la Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, en los siguientes términos:

“Dentro de cada Etapa, el Concesionario puede solicitar la recepción parcial de Obras siempre que estas puedan entrar en operación de manera independiente, su puesta en funcionamiento sea necesaria para los servicios portuarios, su recepción no afecte la ejecución de las demás obras comprendidas en la Etapa correspondiente, así como no afecte el normal desarrollo de las operaciones del Terminal Norte Multipropósito. La APN podrá proceder a la recepción de dichas obras con opinión técnica del REGULADOR.

Para estos efectos las disposiciones contenidas en las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión serán aplicables.

La recepción de obras parciales no excluye la obligación del Concesionario de hacer la entrega final de cada una de las etapas, de conformidad con las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión”.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 067-13- GSF-GAJ-OSITRAN a APM Terminals Callao S.A., a la Autoridad Portuaria Nacional 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° 067-13-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. 36128



INFORME N° 067-13-GS-GAJ-OSITRAN

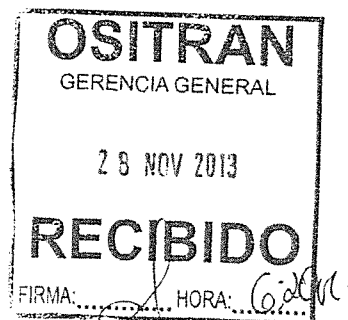
Para : WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)

De : FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Solicitud de Interpretación del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito sobre recepción de obras parciales.

Fecha : 28 de noviembre de 2013

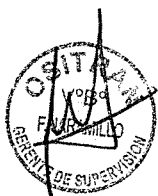


I. OBJETIVO

1. El objeto del presente informe es emitir opinión técnica legal sobre la solicitud presentada por la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) para que OSITRAN interprete la cláusulas 1.23.75, 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión para la modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), a fin de determinar si se puede recibir parcialmente las obras o equipamiento solicitado por APM Terminals Callao S.A. (en lo sucesivo, APM Terminals) sin haberse culminado aún las etapas 1 y 2.

II. ANTECEDENTES

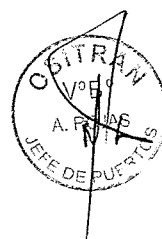
2. Con fecha 11 de mayo de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), actuando a través de la APN, en representación del Estado Peruano y a título propio, suscribió con APM Terminals el Contrato de Concesión a través del cual este último paso a administrar el Terminal Portuario del Callao.
3. A través de la Carta N° 304-2013 APMT/PRJ del 15 de agosto 2013, APM Terminals comunicó a la APN que en enero del 2014 arribaran grúas pórtico de muelle como parte de las obras comprendidas en la Etapas 1 y 2 del Expediente Técnico aprobado.
4. Con fecha 23 de agosto de 2013, la APN solicitó a OSITRAN la interpretación del alcance del Contrato de Concesión con relación a la aprobación de obras, a fin de proceder con la recepción del equipamiento solicitado por APM.
5. A través del Oficio N° 3899-2013-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó a la APN que precise las cláusulas del Contrato de Concesión involucradas en la interpretación solicitada, así como que indique cuál es su propuesta de interpretación, y envíe la documentación presentada por APM.



13. Por Acuerdo Nº 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.
14. De acuerdo a lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación.
15. 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 emplear su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado --ratio legis--; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detecta la intención del promotor de la inversión privada.
16. En caso un aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato no haya sido definido por éste, OSITRAN aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. Si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis, OSITRAN aplicará la analogía, la cual podrá utilizarse siempre que no hubiese una previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente. No obstante, en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.
17. En ese sentido, debe tenerse presente que el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase:

"Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)"

18. De otro lado, además de lo establecido en las reglas de interpretación dispuestas por el Consejo Directivo, debemos considerar que más allá de la naturaleza particular y relativamente compleja de los Contratos de Concesión, éstos son, en principio, contratos como cualquier otro.
19. Los contratos ayudan a generar confianza en los inversionistas, ya que el Estado asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y no reclama, salvo excepciones, poderes o facultades especiales. Dado que existe en la legislación vigente una serie de reglas aplicables a los contratos en general, lo recomendable es que se utilicen estas reglas de interpretación, de manera conjunta o complementaria con los

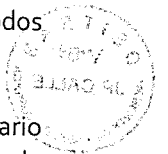
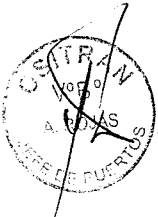
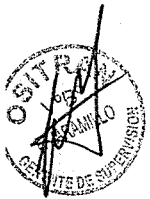


lineamientos antes comentados, sin perder de vista que nos encontramos ante un Contrato de Concesión en el que se encuentra inmerso el interés público.

20. 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 Civil son aplicadas de manera inmediata, coincidiendo sustancialmente con los principios y criterios establecidos en los Lineamientos aprobados por OSITRAN.
21. Finalmente, atendiendo a que de acuerdo con los Lineamientos, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación; en caso el Regulador determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia.

C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión

22. Por otra parte, el Contrato de Concesión ha establecido en sus cláusula 16.3 a 16.9 los siguientes criterios de interpretación:
 - ✓ En caso de divergencia en la interpretación del Contrato se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:
 - a) El Contrato;
 - b) Circulares a que se hace referencia en las bases; y
 - c) Las Bases
 - ✓ Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.
 - ✓ 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.
 - ✓ El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.
 - ✓ El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.
 - ✓ Todos aquellos ingresos, costos, gastos y similares a que tenga derecho el Concesionario por la prestación de los servicios deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a los Términos del Contrato.



23. Conforme con lo señalado por GUTIÉRREZ², los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

"(...) no es posible interpretar los actos jurídicos sin utilizar los criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no sólo para las partes sino para los jueces o árbitros y cualquier otro interprete. (...)

24. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

*"Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico
Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".*

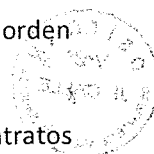
25. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, y en los Lineamientos, deben tenerse en consideración de manera complementaria los criterios establecidos en las cláusulas 16.3 a la 16.9 del Contrato de Concesión, en tanto resulten aplicables.

26. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los Contratos de Concesión, asignada a OSITRAN, queda claro que:

- i) Conforme a lo establecido por el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
- ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168 a 170), como en el Contrato de Concesión (Cláusulas 16.3 a 16.9).
- iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
- iv) Conforme a lo dispuesto por los Artículos 168 y 1362 del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.

D. Posición y argumentos de la APN y APM Terminals

² GUTIERREZ CAMACHO, Walter: "Interpretación del Acto Jurídico". En: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.



27. La APN considera que las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión necesitan ser aclaradas en el sentido de si las obras correspondientes a cada etapa (1 y 2) pueden ser recibidas de manera parcial, siendo que la necesidad de esta interpretación se ha advertido a mérito de las consultas formuladas por la Supervisión de Diseño (si se puede proceder a la recepción parcial de las edificaciones y si las obras resultantes de la actividad de dragado pueden recibirse de manera independiente), además del anuncio por parte de APM Terminals de la llegada de las grúas pórtico de muelle.
28. La APN señala que el Contrato de Concesión, en sus cláusulas 6.24 y 6.25, no prohíbe que las obras puedan recepcionarse de manera parcial, es más, añade que la cláusula 6.24 establece que, conforme se culminen las obras, el Concesionario solicitará su recepción a la APN. Sin embargo, solicita que se aclare si la recepción se refiere a cada etapa concluida o puede recibirse a la culminación de las obras parciales correspondientes a las dos etapas.
29. Asimismo, la APN señala que la recepción parcial de las obras no colisiona con la definición de Obras contenida en la cláusula 1.23.75 del Contrato de Concesión, toda vez que dicha cláusula señala que las obras se ejecutan por etapas, mas no señala como se efectúa la recepción de las mismas. Por otro lado, agrega que la solicitud de recepción parcial debe ser evaluada por la APN, previa opinión técnica del Regulador, debiendo la APN determinar si las obras pueden operar de manera independiente, esto es, si es necesario que esas obras entren en funcionamiento antes de la conclusión de la etapa.
30. Finalmente, concluye señalando que las cláusulas 1.23.75, 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión deben ser materia de interpretación, proponiendo el siguiente tenor:

“Dentro de cada Etapa el Concesionario puede solicitar la Recepción parcial de Obras, siempre que estas puedan entrar en operación de manera independiente, su puesta en funcionamiento sea necesario, su recepción no afecte la ejecución de las demás Obras comprendidas en la Etapa correspondiente, así como no afecte el normal desarrollo de operaciones del Terminal Norte Multipropósito. La APN podrá proceder a la recepción de dichas Obras, con opinión del REGULADOR.

Para estos efectos las disposiciones contenidas en las clausula 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión serán aplicables”.

31. Por su parte, APM Terminals señala que el apéndice 1 del anexo 9 del Contrato de Concesión define que las obras iniciales y las obras en función a la demanda, comprenden obras de distinta naturaleza, como obras marítimas, obras civiles y Equipamiento Portuario. Asimismo, indica que el Contrato de Concesión ha establecido en la cláusula 6.24 la facultad del Concesionario de solicitar, conforme se culminen las obras, la recepción de éstas por la APN, adjuntando a su vez un informe que sustente que las obras han sido efectuadas de acuerdo al expediente Técnico.
32. Además, refiere que el Contrato de Concesión establece procedimientos que se deben seguir para la recepción de las Obras, por lo que manifiestan la necesidad de su recepción parcial, identificando 12 áreas a entregar, las cuales pueden operar de manera independiente, agregando que su puesta en funcionamiento es necesaria y su recepción no afecta la ejecución de las demás obras y de los servicios que brinda el puerto.



33. En tal sentido, solicitan que se proceda con la recepción parcial de las obras, de tal forma que se le permita la explotación así como dar un mejor servicio portuario, ya que en caso contrario se generaría un sobre costo y ello implicaría que exista equipamiento portuario que, a pesar de cumplir con los estándares y especificaciones técnicas, no pueda ser explotado.

E. Evaluación de las estipulaciones contractuales

34. Como se aprecia de lo dicho anteriormente, tanto APN como APM Terminals consideran que de acuerdo con el Contrato de Concesión, la recepción parcial de obras es procedente. Sobre el particular, la APN además agrega que esta recepción debe proceder, siempre y cuando dichas obras parciales puedan entrar en operación de manera independiente, su puesta en funcionamiento sea necesario, su recepción no afecte la ejecución de las demás Obras comprendidas en la Etapa correspondiente, así como no afecte el normal desarrollo de operaciones del Terminal Norte Multipropósito.
35. Cabe indicar que si bien la APN solicita la interpretación de las cláusulas 1.23.75, 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión, lo cierto es que las relacionadas con la aprobación de obras son las dos últimas, por tal razón la presente interpretación versará sobre dichas cláusulas.
36. Al respecto, las cláusulas 6,24 y 6.25 señalan:


"APROBACIÓN DE LAS OBRAS

6.24 Conforme se culminen las Obras La Sociedad Concesionaria solicitará su recepción a la APN, con copia al REGULADOR, adjuntando un informe que sustente que las Obras han sido culminadas de conformidad con el expediente Técnico aprobado.

Las Obras deberán cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de diseño y construcción, indicados en el anexo 4. Asimismo deberán cumplir con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con las prácticas y operaciones portuarias internacionalmente aceptadas".

6.25 (...)

El inicio de la Explotación de la(s) Obra(s) se verificará, de ser el caso, por cada Etapa, de acuerdo con el Expediente Técnico correspondiente a dicha (s) Obra(s)".

- 
37. Conforme se aprecia del párrafo anterior, en las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión no se ha establecido expresamente la posibilidad de la recepción parcial de obras dentro de cada Etapa, con lo cual, utilizando el método literal de interpretación, no es posible colegir que las partes hayan querido pactar la recepción parcial de obras por cada Etapa. No obstante, tampoco se advierte una prohibición expresa.

38. Ahora bien, la cláusula 1.23.75 del Contrato de Concesión prescribe lo siguiente:

"1.23.75 Obras

Es el resultado de los trabajos de construcción y Equipamiento Portuario correspondiente al Terminal Norte Multipropósito que serán ejecutados o instalados por LA SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la vigencia de la Concesión.

Comprende las obras iniciales, las obras en función a la demanda y las correspondientes a las inversiones a las inversiones complementarias. Las Obras se ejecutaran por Etapas, sujetándose a las condiciones previstas en el contrato de Concesión".

[Subrayado agregado]

39. Según la cláusula citada en el párrafo anterior, las obras se ejecutan por etapa. Al respecto, cabe señalar que el Contrato de Concesión ha previsto la ejecución de cinco etapas³, por lo que de una lectura literal de las cláusulas 1.23.75, 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión, la recepción de obras se debería realizar una vez culminada cada etapa. No obstante ello, se considera que esta conclusión no resulta acorde con una interpretación lógica, sistemática y funcional que esté en consonancia con el diseño de explotación y construcción del Contrato de Concesión, y tampoco con el principio de buena fe, por las razones que se explican a continuación.
40. De acuerdo con los Lineamientos de OSITRAN, la interpretación lógica "resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado". Sobre el particular, BULLARD señala:

*"(...) 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"*⁴.

41. Por su parte, la interpretación sistemática lleva a que "Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndoles a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas."⁵; mientras que la interpretación funcional supone que "Las expresiones que

³ Contrato de Concesión

"1.23.65. Inversión Referencial

Equivalente al monto total de inversión referencial de las Etapas 1 a la 5 ascendente a US\$ 748 713 939 (Setecientos cuarenta y ocho millones setecientos trece mil novecientos treinta y nueve y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), sin incluir el Impuesto General a las Ventas y expresado en dólares corrientes, distribuido por cada Etapa de acuerdo a lo siguiente:

Etapa	US\$ Corrientes Sin IGV
Etapa 1	206 239 641
Etapa 2	100 929 558
Etapa 3	120 677 089
Etapa 4	154 396 880
Etapa 5	166 470 771
Total	748 713 939

BULLARD, Alfredo, De acuerdo que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Tomo III. Lima. Editora Jurídica Grijley. 2007. p. 1748.

⁵ Artículo 169 del Código Civil de 1984.

tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.⁶

42. Por otro lado, con relación a la buena fe (objetiva), se sabe que esta no es sólo un criterio de interpretación que recoge el Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes debe regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. Precisamente, la regla hermenéutica más importante del régimen en materia de interpretación de contratos es la que manda al intérprete ceñirse al criterio de "buena fe".
43. Sobre el concepto de buena fe, conviene tener presente lo señalado por el profesor FRANZONI, quien señala que:

*"... Esta cláusula [la Buena Fe], en efecto, no sólo delimita derechos y deberes de las partes", sino que "requiere un compromiso de solidaridad que va más allá, y que obliga a cada una de las partes a tener en cuenta el interés de la otra, con prescindencia de determinadas obligaciones contractuales o extracontractuales"*⁷.

44. Asimismo, el profesor DÍEZ- PICAZO define la buena fe en los siguientes términos:

*"Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe"*⁸.

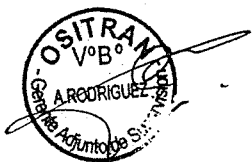
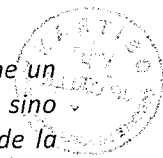
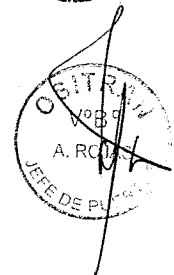
45. Como se puede advertir, la noción de buena fe atraviesa todo el iter contractual, por cuanto la lealtad y buena fe objetiva representan un comportamiento que no sólo se espera en determinado momento sino que debe ser permanente, tanto en la etapa de negociación como en la de celebración y ejecución del contrato.

46. Precisamente en la fase de ejecución contractual, "(...) es en la que la buena fe objetiva tiene un rol de integración del contrato, o sea, el contrato obliga no solo a lo expresamente previsto, sino también a todo aquello a que conforme con la naturaleza misma del contrato y el tenor de la buena fe, deba derivarse ... Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan con la manera que resulten más beneficiosas para la contraparte (...) Se trata de la buena fe en su

⁶ Artículo 170 del Código Civil de 1984.

⁷ FRANZONI, Máximo. "La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato". En: "Estudios sobre el Contrato en General". Ara Editores. Lima. 2003. p. 653.

⁸ DÍEZ – PICAZO, Luis. En: Prólogo del libro "El Principio General de la Buena Fe" de Franz Wieacker. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1982 p. 12. Página 9 de 12



dimensión objetiva, la cual genera obligaciones secundarias pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, acorde con su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte”⁹.

47. Por tanto, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con el principio de buena fe. En virtud de este principio la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen.
48. Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común. Sobre el particular, BARCHI¹⁰ señala:

“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”.

49. A la luz de lo antes expuesto, cabe señalar que en la cláusula 2.1 del Contrato de Concesión se indica que la naturaleza de la concesión materia del contrato es una de tipo autosostenible que se otorga para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito. En concordancia con ello, la cláusula 2.9 del referido contrato establece que la modalidad de la concesión es a título Onerosa, de conformidad con lo señalado en el artículo 14 literal a) del TUO de Concesiones y el artículo 4 literal a) del Decreto Legislativo N° 1012 (Ley de APP).

50. De otro lado, conforme a lo dispuesto por la cláusula 2.8 del Contrato de Concesión, las principales actividades o prestaciones de la Concesión, que constituyen los derechos y obligaciones del Concesionario materia del contrato, son cuando menos las siguientes:

- El diseño, financiamiento y construcción de las obras.
- La conservación de las obras.
- La explotación de la concesión, conforme a las condiciones establecidas en la sección VII.
- El cumplimiento de las obligaciones a su cargo previstas en el contrato de Asociación en participación.

⁹ PEREZ GALLARDO, Leonardo. “Buena Fe y Común Intención de las Partes”. En: Código Civil Comentado, tomo VII (Contratos en General), Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, p. 140.

¹⁰ BARCHI VELA OCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Op. Cit.* p.1782.

51. Por su parte, en la cláusula 5.33 del Contrato de Concesión se señala que el Concedente está obligado a poner a disposición de APM Terminals las áreas terrestres y acuáticas descritas en el Anexo 1 correspondientes al área de la concesión. Se agrega que esta área será de Explotación a cargo de APM Terminals a la que le corresponderá determinar las áreas a ser destinadas a la ejecución de las Obras.
52. Asimismo, el Expediente Técnico aprobado por la APN, incluye las obras referidas a Infraestructura Portuaria y Equipamiento Portuario, según el Anexo 4 del Contrato de Concesión, y su culminación se va a ir produciendo en forma paulatina y será necesaria su utilización en la prestación de los servicios del puerto.
53. En consecuencia, acorde con una interpretación lógica, sistemática y funcional que está en consonancia con el diseño de explotación y construcción del Contrato de Concesión, así como con el principio de buena fe, resulta evidente que la intención expresada por las partes es que, mientras APM Terminals cumpla con la construcción y el equipamiento al que está obligado, aquél tenga la posibilidad de explotar el Terminal Norte brindando servicios a los usuarios de manera eficiente. Al respecto, cabe tener en cuenta lo indicado por LOHMANN¹¹:

"(...) según este principio [el de buena fe objetiva], y como también es lógico que nadie se obliga porque sí, sin razón, sin querer nada, el interprete debe juzgar los términos de la declaración de modo que revelen una intención y un sentido que puedan revestir utilidad y efecto social o económico para el declarante, o eventualmente un tercero".

54. Por ello, una interpretación que no permita la recepción de obras de manera parcial, no sólo no resultaría lógico, sistemático y funcional con lo expresado por las partes como objeto del Contrato de Concesión (explotación y mejora de la infraestructura y servicios del Terminal Norte del Puerto del Callao), sino que también iría en contra del principio de buena fe, puesto que APM Terminals esperaría que las obras que estén aptas para ser operadas puedan utilizarse para la prestación de los servicios a los usuarios, efectuándola de una manera más eficiente (beneficiando con ello también a estos últimos) y buscando recuperar las inversiones acorde con el propio diseño de explotación y construcción del Contrato de Concesión.
55. Siendo esto así, la recepción parcial de obra es posible, teniendo en cuenta una interpretación lógica, sistemática y funcional del Contrato de Concesión, así como el principio de buena fe objetiva. Cabe señalar, sin embargo, conforme lo indica la APN, a fin de hacer posible la recepción parcial de obras, se requerirá una previa verificación que la obra culminada de cualquiera de las Etapas aprobadas pueda entrar en operación de manera independiente, que su puesta en funcionamiento sea necesaria para beneficiar el servicio portuario, que no afecte las demás obras en ejecución y que no afecte la operatividad del Puerto. Además, de conformidad con el procedimiento establecido en la cláusula 6.25, la recepción de obras parciales deberá contar con la opinión del Regulador.
56. Finalmente, esta entrega y recepción parcial de obras, no excluye o afecta la obligación de APM Terminals de hacer la entrega de las obras por etapas, para lo cual deberá seguirse el procedimiento estipulado en las cláusulas 6.24 y 6.25.



¹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato*. En: *Op. Cit.* Nota al pie N° 14. Página 11 de 12



IV. CONCLUSIONES

57. De conformidad con una interpretación lógica, sistemática y funcional del Contrato de Concesión y acorde con la buena fe objetiva, resulta razonable que las obras que se vayan concluyendo, cumpliendo todos los parámetros técnicos establecidos en el Expediente Técnico aprobado, puedan ser recibidas para permitir que entren en operación, a fin de no afectar los servicios que debe prestar el puerto. Esta recepción parcial no excluye la obligación de APM Terminals de entregar las obras por etapas.

V. RECOMENDACIONES

58. Se recomienda al Consejo Directivo, interpretar las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión, referidas a la recepción de obras, en los siguientes términos:

"Dentro de cada Etapa, el Concesionario puede solicitar la recepción parcial de Obras siempre que estas puedan entrar en operación de manera independiente, su puesta en funcionamiento sea necesaria para los servicios portuarios, su recepción no afecte la ejecución de las demás obras comprendidas en la Etapa correspondiente, así como no afecte el normal desarrollo de las operaciones del Terminal Norte Multipropósito. La APN podrá proceder a la recepción de dichas obras con opinión técnica del REGULADOR.

Para estos efectos las disposiciones contenidas en las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión serán aplicables.

La recepción de obras parciales no excluye la obligación del Concesionario de hacer la entrega final de cada una de las etapas, de conformidad con las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión".

59. De considerar conforme dicha recomendación, aprobar el presente Informe y el Proyecto de Resolución que acompaña.

Atentamente,



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica



Reg. Sal. No.35002-13



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº xx-2013-CD-OSITRAN

Lima, xx de noviembre de 2013

VISTOS:

El Informe Nº XXX-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN, de fecha XX de noviembre de 2013, emitido por las Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, así como el Oficio Nº 867-2013-APN/GG, el Oficio Nº 940-2013-APN/GG, que remite el Informe Técnico Legal Nº 035-2013-APN/DIRTEC/UAJ y la Carta Nº 0379-2013-APMTC/PRJ; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de mayo de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en lo sucesivo, la APN), en representación del Estado Peruano y a título propio, suscribió con APM Terminals Callao S.A. (en lo sucesivo, APM Terminals) el Contrato de Concesión para la modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, a través de la Carta Nº 304-2013 APMT/PRJ del 15 de agosto 2013, APM Terminals comunicó a la Autoridad Portuaria Nacional que para enero del 2014 arribaran grúas pórtico de muelle como parte de las obras comprendidas en la Etapas 1 y 2 del Expediente Técnico aprobado.

Que, mediante el Oficio Nº 940-2013-APN/GG, recibido en OSITRAN el 20 de setiembre 2013, la APN formalizó su solicitud de interpretación, adjuntando el Informe Técnico Legal Nº 035-2013-DIRTEC/UAJ.

Que, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica han presentado al Consejo Directivo el Informe Nº xxx-2013-GS-GAJ-OSITRAN, realizando el análisis respectivo, con el objeto de determinar vía interpretación si de conformidad con las cláusulas 6.24 y 6.25 se puede recibir parcialmente las obras o equipamiento solicitado por APM Terminals Callao S.A. (en lo sucesivo, APM Terminals) sin haberse culminado aún las etapas de construcción;

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 Nº 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 Nº 26917, y artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, que faculta a OSITRAN a 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 N° XX de fecha XX de XX de 2013;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Interpretar la cláusula 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión para la Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, en los siguientes términos:

“Dentro de cada Etapa, el Concesionario puede solicitar la recepción parcial de Obras siempre que estas puedan entrar en operación de manera independiente, su puesta en funcionamiento sea necesaria para los servicios portuarios, su recepción no afecte la ejecución de las demás obras comprendidas en la Etapa correspondiente, así como no afecte el normal desarrollo de las operaciones del Terminal Norte Multipropósito. La APN podrá proceder a la recepción de dichas obras con opinión técnica del REGULADOR.

Para estos efectos las disposiciones contenidas en las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión serán aplicables.

La recepción de obras parciales no excluye la obligación del Concesionario de hacer la entrega final de cada una de las etapas, de conformidad con las cláusulas 6.24 y 6.25 del Contrato de Concesión”.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° xxx-13- GS-GAJ-OSITRAN a APM Terminals Callao S.A., a la Autoridad Portuaria Nacional 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° XXXX-13-GS-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo
OSITRAN

