



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Firmado por:  
ZAMBRANO  
COPELLO Rosa  
Veronica FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/05/2023  
16:20:48 -0500

N°0023-2023-CD-OSITRAN

Lima, 10 de mayo de 2023

### VISTOS:

La Carta DALC.DPWC.083.2022 del 24 de marzo de 2023 de DP World Callao S.R.L. y el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN de fecha 9 de mayo de 2023, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

### CONSIDERANDO:

Con fecha 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión) con DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario o DPW);

Que, mediante Carta DALC.DPWC.083.2022, DPW solicitó el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión en relación con el Endeudamiento Garantizado Permitido manifestando que habría ambigüedad en la lectura de dichas cláusulas;

Que, a través de la Carta DALC.DPWC.116.2022, DPW solicitó hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán, para informar oralmente sobre su solicitud de inicio del procedimiento de interpretación de oficio; dicha solicitud fue concedida mediante Oficio N°00055-2023-SCD-OSITRAN, llevándose a cabo la audiencia de informe oral el día 09 de mayo de 2023;

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917, otorga al Ositrán la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (en adelante, REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura;

Que, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N°557-154-04-CD-OSITRAN, precisa que el Ositrán puede interpretar el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia, siendo que pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el concesionario, el concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, mediante Resolución N°0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, el Consejo Directivo del Ositrán declaró Precedente Administrativo de observancia obligatoria que el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio; ello, considerando que la presentación de solicitudes por parte del concedente, concesionario o terceros, no equivale al ejercicio de un derecho de acción en sede administrativa;

Visado por: QUESADA ORE Luis  
Ricardo FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/05/2023 15:53:26 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan  
Carlos FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/05/2023 15:00:32 -0500

Visado por: CHOCANO PORTILLO Javier  
Eugenio Manuel Jose FAU 20420248645  
soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 10/05/2023 14:53:35 -0500



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN de fecha 9 de mayo de 2023, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, advierten que las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión podrían implicar por lo menos, dos posibles lecturas, indicando que existen elementos que justificarían el inicio de un procedimiento de interpretación por parte del Consejo Directivo con el objetivo de aclarar el sentido y alcance de las cláusulas referidas, y posibilitar su correcta aplicación;

Que, en el mismo sentido, se considera que, para el presente caso, además de notificar a las Partes del Contrato de Concesión con el inicio del procedimiento de interpretación contractual, corresponde disponer la publicación de la resolución respectiva en el Diario Oficial “El Peruano”, para que los terceros legítimamente interesados tomen conocimiento del mismo;

Que, luego de revisar y discutir el informe de vistos, el Consejo Directivo, en mayoría, manifestó 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 en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019- JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917, en el artículo 29 del Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, así como en el artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, estando a lo acordado en la Sesión Extraordinaria de Consejo Directivo N° 796-2023-CD-OSITRAN, de fecha 09 de mayo de 2023;

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1.-** Disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de la cláusula 1.20.41, las cláusulas 6.34 y 10.5, y la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, de conformidad con las consideraciones expuestas en el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN, que forma parte integrante de la presente Resolución.

**Artículo 2.-** Disponer la notificación de la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la empresa DP World Callao S.R.L.

**Artículo 3. -** Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano” y su difusión en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano ([www.gob.pe/ositrán](http://www.gob.pe/ositrán)), con el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmada por:

**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**

Presidente del Consejo Directivo

Presidencia del Consejo Directivo





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Visada por:

**JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**

Gerente General  
Gerencia General

Visada por:

**RICARDO QUESADA ORÉ**

Gerente de Regulación y Estudios Económicos  
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visada por:

**JAVIER CHOCANO PORTILLO**

Gerente de Asesoría Jurídica  
Gerencia de Asesoría Jurídica

NT. 2023052053

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias.  
La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

## INFORME CONJUNTO N° 00074-2023-IC-OSITRAN

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**  
Gerente General

Asunto : Solicitud de inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Referencia : Carta DALC.DPWC.083.2022 del 24.03.23

Fecha : 9 de mayo de 2023.

Firmado por:  
CHOCANO PORTILLO  
Javier Eugenio Manuel  
Jose FAU  
20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023  
17:30:40 -0500

Firmado por:  
QUESADA ORE  
Luis Ricardo FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023  
17:41:16 -0500

### I. OBJETIVO:

1. El objetivo del presente informe es analizar la viabilidad de iniciar el procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en el contexto de la solicitud formulada por DP World Callao S.R.L.

### II. ANTECEDENTES:

2. Con fecha 24 de julio de 2006, se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) en su calidad de Concedente y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPW o Concesionario), en calidad de Concesionario.
3. Mediante Oficio N° 2719-2021-MTC/19 recibido el 2 de junio de 2021, el MTC puso en conocimiento del Ositrán el Oficio N° 2679-2021-MTC/19, a través del cual comunicó su pronunciamiento favorable respecto a la acreditación de fondos para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras de la Fase 2 del Proyecto “Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur”; de acuerdo con el análisis realizado en el Informe N° 1128-2021-MTC/19.02.
4. Mediante Carta GG. DPWC.002.2022, recibida el 16 de mayo de 2022, DPW solicitó la aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de constitución de garantías, conforme a lo previsto en las Cláusulas 10.5 y 10.6 de la Sección X del Contrato de Concesión.
5. En el marco del procedimiento, a través del Informe Conjunto N° 00081-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), aprobado mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2461-773-22-CD-OSITRAN de fecha 24 de agosto de 2022, el Ositrán emitió opinión técnica sobre los contratos de financiamiento y opinión no favorable sobre los contratos de garantías materia de la solicitud del Concesionario (en adelante, Opinión emitida por el Regulador)
6. Mediante Carta DALC.DPWC.279.2022, del 21 de setiembre de 2022, DPW se dirigió al MTC y a la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), con copia al Ositrán, solicitando el desistimiento del inicio del procedimiento de aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de constitución de garantías, y tenerse por no presentada dicha solicitud, al no encontrarse conforme con la opinión técnica emitida y notificada por el Ositrán mediante Oficio N° 0099-2022-SCD-OSITRAN.
7. A través de la Carta N° 1007-2022-APN-GG-UAJ de fecha 22 de setiembre de 2022, la APN comunica a DPW que acepta el desistimiento y declara concluido el procedimiento de solicitud de aprobación de Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de garantías, presentada mediante Carta GG. DPWC.002.2022 del 16 de mayo de 2022.

Visado por: AMES SANTILLAN  
Juan Carlos FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 19:08:59 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA  
Daisy Melina FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 18:38:58 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO  
Victor Adrian FIR 40856459 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 17:46:22 -0500

Visado por: LEON ROSALES Kimberly  
Lucero FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 17:34:28 -0500

Visado por: AQUINO SOTOMAYOR  
Ingrid Del Pilar FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 17:28:12 -0500

Visado por: ZAMORA BARBOZA  
Martha Ysabel FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 09/05/2023 17:11:22 -0500

8. Mediante Oficio N° 5223-2022-MTC/19 de fecha 23 de setiembre de 2022, el MTC comunicó a DPW que no corresponde al Concedente brindar opinión respecto de la autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido, tomando en cuenta el pedido de desistimiento presentado por el Concesionario, precisando que bajo ningún término se puede considerar un silencio u omisión por parte del Concedente. Finalmente, el MTC indicó que tampoco le corresponde analizar la Opinión Técnica del Ositrán.
9. Con Carta DALC.DPWC.083.2022 recibida el 24 de marzo de 2023, DPW solicitó el inicio del procedimiento de interpretación de los incisos 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.
10. Mediante Carta DALC.DPWC.116.2022 recibida el 26 de abril de 2023, DPW solicitó hacer uso de la palabra para informar oralmente su solicitud de inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
11. Mediante Informe Conjunto N° 00064-2023-IC-OSITRAN de fecha 27 de abril de 2023, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos y de Asesoría Jurídica analizaron la viabilidad de iniciar el procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión, en el marco de la solicitud formulada por el Concesionario.
12. A través del Oficio N° 00055-2023-SCD-OSITRAN, notificado el 3 de mayo de 2023, se concedió el uso de la palabra solicitado por DPW, programándose para el día 09 de mayo de 2023.
13. Con fecha 09 de mayo, en las instalaciones del Ositrán, DPW hizo uso de la palabra, reiterando los argumentos expuestos en su Carta DALC.DPWC.083.2022 sobre su solicitud de inicio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.

### III. ANÁLISIS:

14. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, el análisis versa sobre los siguientes puntos:
- A. Marco Jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión
  - B. Opinión emitida por el Regulador
  - C. Posición del Concesionario
  - D. Supuesto de Ambigüedad

#### A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

15. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, otorga al Ositrán la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
16. Por su parte, el artículo 29 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (en adelante, REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares, con la finalidad de hacer posible su aplicación.

17. En el mismo sentido, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), precisa que el Ositrán puede interpretar el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el concesionario, el concedente y los terceros legítimamente interesados.
18. Sobre la posibilidad de solicitar la interpretación recogida en los Lineamientos, debe tenerse presente que mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, el Consejo Directivo del Ositrán declaró Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria que el inicio del procedimiento de interpretación de los contratos de concesión será siempre de oficio; ello, considerando que la presentación de solicitudes por parte del concedente, concesionario o terceros, no equivale al ejercicio de un derecho de acción en sede administrativa. Así, de acuerdo con dicho precedente, el Regulador puede tomar conocimiento de la existencia de indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a través de comunicaciones de las partes o de sus propios órganos; sin embargo, la facultad de determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo del Ositrán como órgano competente para interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
19. En línea con el mencionado precedente, para el inicio de oficio del procedimiento de interpretación es necesario determinar la existencia de ambigüedad de las cláusulas; en esa medida, en el presente caso, corresponde evaluar si las cláusulas a que se refiere el Concesionario en su solicitud admiten más de una lectura posible y son, por ende, ambiguas.
20. De acuerdo con el marco jurídico reseñado, este Organismo Regulador, a través de su Consejo Directivo, cuenta con facultades para interpretar de oficio el Contrato de Concesión; para tal efecto, al disponer el inicio del procedimiento debe determinar la existencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales.

#### **B. Opinión emitida por el Regulador**

21. Para analizar la solicitud de aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de constitución de garantías, formulada por DPW el 16 de mayo de 2022, se identificaron tres extremos en la solicitud de aprobación del EGP: (i) el reembolso de los gastos de la Fase 2 (obras obligatorias e inversiones adicionales) que fueron ejecutados con recursos propios del Concesionario; (ii) el monto pendiente de ejecución de las obras obligatorias de la Fase 2, que contaba con un financiamiento de empresa vinculada el cual no había sido desembolsado; y, (iii) el monto pendiente de ejecución de las inversiones adicionales de la Fase 2.
22. Con relación al extremo referido al reembolso de los gastos de la Fase 2 (obras obligatorias e inversiones adicionales), el Concesionario planteó su posición y sustento, lo cual fue analizado por Ositrán:

<b>REEMBOLSO DE GASTOS EJECUTADOS</b>	
<b>Argumentos del Concesionario</b>	<b>Análisis del Ositrán</b>
Los recursos propios utilizados para la ejecución de las obras de la Fase 2 del Proyecto son factibles de ser reembolsados bajo el concepto de EGP, pues los fondos	Según la cláusula 1.20.41, una vez obtenidos los fondos a través de un EGP, estos "serán destinados" (posteriormente utilizados) para el cumplimiento del objeto del Contrato de

serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión (obras de la Fase 2).	Concesión. Por tanto, un reembolso de gastos ya realizado con distintos recursos no califica como supuesto para la utilización de un EGP.
Al no existir financiamiento de terceros ni de bancos, el reembolso de los recursos propios del Concesionario no puede ser tratado como un refinanciamiento de deuda con terceros.	El reembolso no está siendo tratado como un refinanciamiento con terceros. El análisis se basa en que el reembolso no se encuentra dentro de los alcances de la definición de EGP contemplada en el Contrato de Concesión.
El Concesionario realizó los adelantos de buena fe para poder avanzar con las obras, con el entendimiento de que el presente EGP iba a reembolsar lo gastado.	El Concesionario optó por financiar las obras con Empresas Vinculadas y lo acreditó ante el MTC. Su decisión de usar recursos propios en lugar del financiamiento acreditado, surte efectos en su esfera de acción y no puede vincular a entidades públicas.
<b>Opinión del Ositrán:</b>	
El reembolso de los gastos de la Fase 2 (obras obligatorias e inversiones adicionales) no se ajusta al Contrato de Concesión, considerando que la definición de EGP de la cláusula 1.20.41 establece que los fondos del financiamiento deben ser posteriormente destinados al objeto de la concesión; lo cual no ocurre en el caso en cuestión pues los gastos ya han sido ejecutados.	

23. En cuanto al extremo referido al monto pendiente de ejecución de las obras obligatorias de la Fase 2 con sus costos financieros asociados, el Concesionario planteó su posición y sustento, lo cual fue analizado por Ositrán:

<b>OBRAS OBLIGATORIAS PENDIENTES DE EJECUCIÓN</b>	
<b>Argumentos del Concesionario</b>	<b>Análisis del Ositrán</b>
La cláusula 1.20.41 no restringe el uso de los fondos del financiamiento a un tipo particular de obras.	Según las cláusulas 1.20.41 y 10.5, el EGP debe ser destinado al objeto de la concesión, en el caso concreto: la construcción de la Fase 2 del Proyecto, según el Contrato de Préstamo.
La cláusula 6.34 concede la posibilidad a la Concesionaria de elegir libremente entre múltiples alternativas de acreditación de fondos y no limita el derecho de utilizar de forma posterior otro tipo de financiamiento.	En la cláusula 10.5 se dispone expresamente un propósito para el otorgamiento de garantías: <i>"financiar (...) Construcción (...) de la Obra"</i> . Este propósito ya está cumplido con el financiamiento con Empresas Vinculadas que contó con la conformidad del MTC. En la cláusula 6.34 no se ha previsto la posibilidad de variar la acreditación, menos aún la participación del Estado en el cambio de fuente de financiamiento.
A la fecha no se ha realizado desembolso alguno del préstamo con las empresas vinculadas.	El hecho que el Concesionario haya decidido no usar el financiamiento con Empresas Vinculadas que contó con la conformidad del MTC no faculta a las Entidades del Estado a actuar en un escenario no previsto, pues ellas se sujetan a lo dispuesto por el Contrato de Concesión.

<p>El Concedente reconoce, a través del Oficio N° 2679-2021-MTC/19, que el Financiamiento Intercompany estará vigente hasta que el Concesionario cuente con una "Facilidad Bancaria"</p>	<p>Sobre este tema, a través del Oficio N° 4131-2022-MTC/19 recibido el 11 de julio de 2022, el MTC señaló que: "(...) la opinión emitida por el Concedente no contiene evaluación alguna respecto a la posibilidad de llevarse a cabo un posterior Endeudamiento Garantizado Permitido".</p> <p>En ese sentido, el pronunciamiento del MTC se limitó a dar conformidad a la acreditación de fondos, no constituyó un adelanto de opinión ni una habilitación sobre un posterior EGP.</p>
<p><b>Opinión del Ositrán:</b></p>	
<p>El financiamiento del monto pendiente de ejecución de las obras obligatorias de la Fase 2 que ya cuenta con el financiamiento de una empresa vinculada no se ajusta al supuesto de aplicación de un EGP según lo establecido en el Contrato de Concesión, considerando que la cláusula 10.5 del mismo establece que las garantías del EGP se otorgan con el propósito de financiar el diseño, construcción, conservación y/o ejecución de las obras, siendo que, en el caso concreto, el propósito previsto en el Contrato de Concesión ya había sido cumplido.</p>	

24. En lo concerniente al extremo referido al monto pendiente de ejecución de las inversiones adicionales de la Fase 2 con sus costos financieros asociados, se determinó que el marco contractual permitía la operación financiera.
25. Adicionalmente, los contratos de financiamiento y garantías del endeudamiento garantizado permitido presentado no incluían las disposiciones que, según la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión. Sobre el tema, el Concesionario planteó su posición y sustento, lo cual fue analizado por Ositrán:

<p><b>INVERSIONES ADICIONALES PENDIENTES DE EJECUCIÓN</b></p>	
<p><b>Argumentos del Concesionario</b></p>	<p><b>Análisis del Ositrán</b></p>
<p>Dichos términos no deben incluirse en los contratos de financiamiento y garantía. Cuando la cláusula 13.4 hace referencia a terceros, se refiere al socio estratégico, a los cesionarios o adquirentes de la concesión, o al personal del concesionario, mas no a terceros distintos (Acreedores Permitidos).</p>	<p>La cláusula hace referencia a todos los contratos que se suscriba con sus socios, terceros y personal. En ese sentido, incluye en el término terceros a los Acreedores Permitidos.</p>
<p>El sentido del contrato es que el financiamiento se otorgue, incluso prevé que ante la caducidad el Concedente pague la deuda pendiente del Concesionario con los Acreedores Permitidos (cláusula 15.17) considerando como límite el PMA, incluso el Concedente puede asumir la posición contractual del Concesionario en los contratos de financiamiento para realizar el pago del saldo pendiente del EGP (cláusula 10.6 último párrafo).</p>	<p>El pago de la deuda pendiente que el Concesionario tenga con los Acreedores Permitidos, no se contrapone con la obligación de incorporar las cláusulas según lo establecido en la cláusula 13.4.</p> <p>La obligación de pago con posterioridad a la resolución del contrato de financiamiento tiene como fuente la cláusula 15.17 mas no el contrato de financiamiento.</p>
<p>Bajo una interpretación sistemática del Contrato de Concesión, deben ser acogidos los argumentos planteados.</p>	<p>La evaluación se restringe al sentido literal del Contrato de Concesión, en la medida que el presente informe se emite dentro del marco del procedimiento de aprobación del EGP, mas no en el contexto de un procedimiento de</p>

	interpretación; siendo así, deben descartarse todos los argumentos vertidos por el Concesionario referidos a la interpretación sistemática del Contrato de Concesión.
<b>Opinión del Ositrán:</b>	
El monto pendiente de ejecución de las inversiones adicionales de la Fase 2, no se ajusta al Contrato de Concesión, considerando que los contratos de financiamiento y garantía debían incorporar los términos contractuales exigidos por la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.	

26. El Informe Conjunto N° 0081-2022-IC-OSITRAN fue aprobado por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 2461-773-22-CD-OSITRAN del 24 de agosto de 2022; en ese sentido, se emitió la opinión técnica sobre los contratos de financiamiento y la opinión no favorable sobre los contratos de garantía materia de la solicitud del Concesionario. En este punto, se debe precisar que el Concesionario se desistió del procedimiento, lo cual fue aceptado por la APN, tal como se ha detallado en los Antecedentes.

### C. Posición del Concesionario

27. En su solicitud para que el Ositrán inicie de oficio un procedimiento de interpretación, DPW expone la necesidad de interpretar las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión en relación con el Endeudamiento Garantizado Permitido, conforme se detalla a continuación:

#### Cláusula 1.20.41 – Definición del Endeudamiento Garantizado Permitido

28. DPW señala que es necesario determinar si existe una oportunidad o momento específico para la solicitud y obtención de un endeudamiento garantizado permitido (en adelante, EGP) por parte del Concesionario o si, por el contrario, no existe tal requisito en la cláusula 1.20.41, con lo cual se puede solicitar en cualquier momento dado que el objeto del Contrato de Concesión al cual están destinados los fondos del EGP abarca las actividades que se desarrollan durante todo el plazo de la concesión. Bajo esta última línea de interpretación, DPW sostiene que un reembolso de los recursos que fueron destinados a la ejecución de obras le permite realizar actividades de conservación y explotación de la concesión durante su vigencia, en la forma que considera más apropiada dentro de los parámetros del Contrato de Concesión.
29. El Concesionario sostiene tal entendimiento en una interpretación sistemática de la cláusula 1.20.41 y las cláusulas 2.4: Objeto del Contrato de Concesión, cláusula 2.6: Principales actividades materia del Contrato de Concesión, cláusula 3.3, literal f, numeral iv: Delimitación del Objeto social del Concesionario, cláusula 6.34: Acreditación de recursos para financiar las Obras de la Fase 2, cláusula 6.58: Condiciones para inicio de construcción de las Obras de la Fase 2, Cláusula 8.1: Explotación de la Concesión – Derechos y Deberes del Concesionario, cláusula 10.5: Garantías a favor de Acreedores Permitidos, cláusula 10.6: Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido.
30. Al respecto, DPW alega que la cláusula 10.5 no restringe el EGP a la etapa de construcción y que la cláusula 10.6 prevé que solo puede negarse la autorización del EGP en caso de perjuicio económico al Concedente; en ambos casos, considera que no se establece una oportunidad específica para solicitar el EGP. En torno a las cláusulas 6.34 y 6.58, DPW refiere que en ninguna parte se limita el uso de recursos propios para financiar las inversiones y el posterior reemplazo de la fuente de financiamiento acreditada ante el Concedente; siendo que la única restricción es que el EGP se destine al financiamiento con empresas vinculadas, lo cual afirma que no ocurre en su caso debido a que no se han realizado desembolsos.

31. En línea con ello el Concesionario alega que, de acuerdo con la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, su derecho a explotar la concesión abarca la libertad en la dirección y gestión del negocio dentro de los límites contractuales y legales; en esa medida, el Concesionario considera que está autorizado a manejar el negocio como considere oportuno, lo cual le permite financiar sus actividades de explotación en la forma que considere más apropiada. Así, DPW aduce que no está impedido de recuperar recursos propios que debían servir para sus actividades regulares y que utilizó para solventar los costos de construcción de la Fase 2, pues al obtener un financiamiento que califique EGP sólo estaría recomponiendo su disponibilidad de recursos que puede libremente usar para los fines del Contrato de Concesión.
32. De otro lado, DPW afirma que los contratos se rigen, entre otros, por los principios de autonomía de la voluntad y obligatoriedad, en virtud de los cuales, los sujetos, en ejercicio de su libertad, se obligan a todo lo expresado en dichos contratos, lo que no implica que estén prohibidas de realizar aquello que el contrato no prevé expresamente o que lo único que puedan hacer para cumplir con el objeto y las obligaciones establecidas en el contrato sea aquello que ha sido expresa y textualmente previsto. Bajo tal premisa, DPW argumenta que las cláusulas requieren de una interpretación que haga posible determinar cuál es la intención común de las partes, de modo que se pueda cumplir con el objeto y las obligaciones asumidas por éstas.
33. Acerca de la interpretación, el Concesionario manifiesta que debe realizarse bajo el principio de buena fe regulada en los artículos 168 y 1362 del Código Civil, por ello, considera que se debe analizar si existe alguna finalidad para las partes bajo el Contrato de Concesión que sustente la temporalidad o momento para restringir al Concesionario la posibilidad de variar la modalidad de financiamiento acreditado, a efectos de no contravenir el deber de protección contractual derivado del principio de “no dañar al otro”, relacionado con la prohibición de incurrir en abuso del derecho, imponiendo una conducta de respeto y conservación del interés de la otra parte y la consecuente colaboración activa en el cumplimiento de la prestación a su cargo.
34. Por tales consideraciones, DPW plantea como lectura que la referencia a “serán destinados” de la cláusula 1.20.41 establece la finalidad que tendrán los fondos obtenidos mediante el EGP y no establece una oportunidad o uso implícitos para la obtención de este, por lo que el mismo puede solicitarse y obtenerse en cualquier momento durante el plazo de la Concesión en la medida que sean aplicados al objeto del Contrato.

Cláusulas 6.34 y 10.5 – Régimen Económico de la Construcción y Garantías a favor de los Acreedores Permitidos

35. DPW refiere que en el contenido de la cláusula 6.34 no existe claridad respecto de la posibilidad del Concesionario de recurrir a un EGP de forma posterior a haber acreditado los fondos necesarios para la ejecución de obras; asimismo, que la cláusula 10.5 no establece expresamente una oportunidad específica para que el Concesionario otorgue garantías bajo un EGP destinado a cumplir con el objeto del Contrato de Concesión.
36. Sobre dicha base, DPW sostiene la necesidad de interpretación, indicando que, a su criterio, las cláusulas 6.34 y 10.5 no le prohíben la posibilidad financiarse con un EGP con posterioridad a la acreditación de fondos, toda vez que estas deben ser interpretada a la luz del marco contractual y legal que reconoce su derecho a solicitar un EGP.
37. Con relación al marco contractual, el Concesionario argumenta su posición en una interpretación sistemática de las cláusulas 6.34 y 10.5, con la cláusula 1.20.41: Definición de Endeudamiento Garantizado Permitido, la cláusula 2.4: Objeto del Contrato de Concesión, cláusula 10.6: Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido, y con el penúltimo párrafo de la propia Cláusula 6.34 del Contrato de Concesión. De acuerdo con lo alegado por DPW, ninguna de ellas indica una oportunidad para solicitar y obtener un EGP y tampoco prescriben que no sea posible solicitarlo con posterioridad a la

acreditación de fondos; por el contrario, el Concesionario, considera que únicamente se requiere que los fondos sean destinados al objeto de la concesión y que no exista perjuicio económico al Concedente. Desde su perspectiva, tal entendimiento se sustenta en el penúltimo párrafo de la Cláusula 6.34 por cuanto la conformidad otorgada por el Concedente: "no valida, enerva ni limita la responsabilidad exclusiva del Concesionario de contar con los recursos suficientes para ejecutar las Obras y de cumplir con los demás fines del presente Contrato"; con lo cual se otorga autonomía y responsabilidad al Concesionario bajo el Contrato de Concesión para manejar sus fuentes de financiamiento como considere más apropiado, incluyendo la posibilidad de optar, de forma posterior a la acreditación de fondos, por otra modalidad de financiamiento incluyendo un EGP; entendimiento que considera acorde con el artículo 1361 del Código Civil.

38. En cuanto al marco legal, DPW considera que su derecho a variar la fuente de recursos durante la vigencia del Contrato de Concesión se encuentra reconocido en el literal f) del artículo 8 de los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, lo cual se condice con el hecho que, como regla general, el riesgo de financiamiento es habitualmente atribuido al concesionario.
39. Al amparo del marco contractual y legal, DPW considera que la presentación del Contrato de Préstamo Inter Compañías no restringe el derecho del Concesionario a utilizar posteriormente un EGP.
40. Acerca de la interpretación, el Concesionario señala que debe orientarse a precisar la voluntad manifestada por las partes respecto de la finalidad de la cláusula 6.34, para determinar si su sentido es asegurar que siempre tenga fondos comprometidos para la ejecución de obras o si es establecer una fecha de corte para la aplicación de la cláusula 10.5 sobre el otorgamiento de garantías en respaldo de un EGP. A su criterio, no existe una finalidad para limitar las opciones de financiamiento del Concesionario, pues bajo el principio de buena fe, no correspondería que el derecho contractual de solicitar y obtener un EGP sea vea limitado y vulnerado por restricciones que no existen en el Contrato de Concesión.
41. Bajo dichos argumentos, DPW plantea como lectura de las cláusulas 6.34 y 10.5, que el Concesionario puede solicitar un EGP después de haber acreditado los fondos para la ejecución de obras través de otra modalidad de financiamiento.

#### Cláusula 13.4 – Cláusulas en los Contratos del Concesionario

42. El Concesionario alega que es necesario interpretar la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión toda vez que no define el término "tercero", existiendo así un vacío que impediría aplicarla para efectos del Contrato de Concesión; así, considera que la referida cláusula puede entenderse como no aplicable para los contratos celebrados con los acreedores permitidos.
43. Sostiene su posición señalando que bajo una interpretación sistemática de la cláusula 13.4 con las cláusulas 13.1 al 13.3, 13.5 al 13.10, 10.5, 10.6 y 15.17 del Contrato de Concesión. Específicamente, DPW aduce que cuando la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión hace referencia a los "socios, terceros y personal" del Concesionario, se refiere a las relaciones contractuales desarrolladas conceptualmente en las cláusulas 13.1, 13.2 y 13.3 precedentes y a la cláusulas 13.5 a 13.10 siguientes, es decir, a lo siguiente: (i) la relación con el socio estratégico regulada en las cláusulas 13.1 y 13.2, (ji) la relación con terceros cesionarios o adquirentes de la Concesión regulada en la cláusula 13.3, y, (iii) la relación con el personal del Concesionario regulada en las cláusulas 13.5 a 13.10. Sobre esa base, concluye que la aplicación de la cláusula 13.4 se restringe únicamente a dichos terceros.
44. En torno a la interpretación de la Cláusula 13.4, el Concesionario señala que se debe emplear el criterio de interpretación funcional, que tiene el propósito de reconstruir el

significado razonable del contrato, encuadrándolo en las circunstancias concretas en que se produce. En esa línea, señala que el literal a) de la Cláusula 13.4 indica que la caducidad conlleva la resolución de los contratos porque son accesorios al Contrato de Concesión, lo cual estaría en línea con una interpretación funcional pues las relaciones con el socio estratégico, con los terceros cesionarios o adquirentes de la Concesión y con el personal del Concesionario dependen directamente de y son accesorio a la Concesión; con ello, sostiene que la intención de las Partes fue limitar la aplicación de esta sección a aquellas relaciones contractuales del Concesionario expresamente reguladas en la Sección XIII, donde se desarrolla de forma amplia cada relación contractual del Concesionario.

45. Al respecto, DPW agrega que debe tenerse en cuenta que en el último párrafo de la cláusula 10.6 se regula la potestad del Concedente de exigir que en los contratos que el Concesionario celebre con acreedores permitidos se establezca el derecho del Concedente a asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad, reconociéndose expresamente la posibilidad de que tales contratos tengan una vigencia que exceda el plazo del Contrato de Concesión, y que no sean resueltos por la caducidad de la concesión, derecho que no podría ejercerse si se incluyen las cláusulas a que se refiere la cláusula 13.4.
46. Así, el Concesionario señala que debe tenerse en cuenta el principio de conservación del acto jurídico al realizar la interpretación del contrato, de tal manera que las cláusulas contractuales puedan surtir efectos. En ese contexto, pretender exigir que los contratos de un EGP terminen en caso de caducidad de la Concesión, implicaría una afectación al derecho de los acreedores permitidos pues terminarían las obligaciones asumidas por el Concesionario, aun cuando el Contrato de Concesión, a través de las Cláusulas 10.5 y 10.6, estaría orientado a brindar y reconocer derechos de privilegio a los acreedores permitidos Garantizados como incentivo para permitir el financiamiento de la concesión.
47. De otro lado, DPW se refiere a pronunciamientos previos del Ositrán, en el marco de financiamientos de proyectos de infraestructura con similares términos y condiciones a la Cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, donde no se han requerido incluir dichas disposiciones en los contratos de financiamiento precisamente bajo los argumentos de interpretación sistemática.
48. En suma, DPW plantea como lectura que las cláusulas contempladas en la cláusula 13.4 no deben incluirse en los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos quienes gozan de derechos particulares en el Contrato de Concesión y que están regulados en las cláusulas 10.5 y 10.6.

#### **D. Supuesto de Ambigüedad**

49. De acuerdo con el marco jurídico referido en la sección A, para disponer el inicio del procedimiento es necesario determinar si existe ambigüedad en las cláusulas contractuales; en ese sentido, a continuación, se identifican las cláusulas materia de la solicitud del Concesionario:

##### Cláusula 1.20.41 – Definición del Endeudamiento Garantizado Permitido

50. Como se ha mencionado previamente, el Concesionario plantea el inicio de una interpretación contractual con el objetivo de dilucidar si, vía EGP, se podría reembolsar al Concesionario sus recursos destinados a la ejecución de las Obras de la Fase 2. En ese contexto, solicita la interpretación de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión el cual establece lo siguiente:

##### **“1.20.41. Endeudamiento Garantizado Permitido**

*Consiste en el **endeudamiento** por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero **tomado en***

**préstamo de cualquier Acreedor Permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto de este Contrato, incluyendo cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento, que se garantice conforme a lo previsto en la Sección X.**

*Los términos financieros principales, o prospecto informativo y contrato de emisión, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización u otros términos similares, requerirán la aprobación de la APN, previa opinión del REGULADOR. El procedimiento de aprobación se señala en la Cláusula 10.6.”*

(Énfasis agregado).

51. En el texto citado se aprecia que los términos: “cuyos fondos serán destinados al” podrían aludir al uso que en un futuro se otorgará a los fondos obtenidos a través de un endeudamiento garantizado permitido.
52. Sin embargo, dichos términos “cuyos fondos serán destinados al” podrían aludir a la finalidad de los fondos obtenidos mediante este tipo de financiamiento -al objeto del Contrato de Concesión-, sin que el tiempo verbal en futuro denote una oportunidad para su uso.
53. Siendo así, respecto de este extremo de la solicitud es posible identificar al menos dos posibles lecturas de la Cláusula 1.20.41 en esta etapa del procedimiento:

Lectura 1

Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos a través de un endeudamiento garantizado permitido deben ser utilizados para financiar el objeto del Contrato de Concesión, con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento.

Lectura 2

Cuando la cláusula 1.20.41 menciona que los fondos obtenidos mediante un endeudamiento garantizado permitido “serán destinados” al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, establece la finalidad contemplada para tal endeudamiento.

Cláusulas 6.34 y 10.5 – Régimen Económico de la Construcción y Garantías a favor de los Acreedores Permitidos

54. En cuanto este punto, el Concesionario ha planteado una interpretación contractual a efectos de dilucidar si es posible solicitar y obtener un EGP y otorgar garantías para financiar la construcción de las Obras Obligatorias de la Fase 2 del Proyecto, cuando previamente se ha cumplido con la acreditación de recursos para la construcción de tales obras mediante un mecanismo de financiamiento distinto (cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión).
55. La cláusula 6.58 del Contrato de Concesión prescribe que, una de las condiciones previstas para el inicio de la construcción de las obras es el cumplimiento de la cláusula 6.34:

**“6.58 En la fecha de inicio de la Construcción de las Obras de cada Sub Fase de la Fase 2, el CONCESIONARIO deberá haber cumplido todas y cada una de las siguientes condiciones, según corresponda:**

- a) La APN haya aprobado el Expediente Técnico;
- b) La Autoridad Ambiental Competente haya aprobado el documento de gestión ambiental correspondiente, cuando corresponda;
- c) La Autoridad Gubernamental competente haya otorgado el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), de conformidad a lo indicado en el Cláusula 12.12, cuando corresponda.
- d) **Se haya cumplido con lo dispuesto en la Cláusula 6.34.**  
(...)”

(Énfasis agregado).

56. Por su parte, la cláusula 6.34 establece lo siguiente:

“6.34 **EL CONCESIONARIO deberá acreditar ante el CONCEDENTE**, en un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el Expediente Técnico de cada Sub Fase, **que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras**. La acreditación solicitada podrá efectuarse **mediante la presentación de un plan de financiamiento que contenga la siguiente documentación según sea el caso:**

(i) **copia legalizada notarialmente de los contratos** de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado **con el(los) Acreedor(es) Permitido(s);** y/o

(ii) **copia de los contratos** de mutuo, financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado **con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);** y/o

(iii) **testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social** respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios; y/o

(iv) **acuerdo de accionistas que disponga la utilización de la disponibilidad en caja** proveniente de las utilidades no distribuidas y copia de los Estados Financieros auditados del ejercicio anterior, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

(...)

**La conformidad de la solicitud por parte del CONCESIONARIO no valida, enerva ni limita la responsabilidad exclusiva del CONCESIONARIO de contar con los recursos suficientes para ejecutar las Obras y de cumplir con los demás fines del presente Contrato.**

(...)”

(Énfasis agregado).

57. Conforme a las citadas cláusulas, para iniciar la construcción de la obra, el Concesionario debe haber cumplido con la obligación de acreditar ante el Concedente que cuenta con los fondos necesarios para cumplir con el Calendario de Ejecución de Obras, respecto de lo cual el Concedente debe emitir una conformidad.

58. A su vez, en la cláusula 10.5 se establece lo siguiente:

”10.5. **Con el propósito de financiar el diseño, Construcción, Conservación y/o Explotación de la Obra, el CONCESIONARIO podrá**, previa autorización otorgada por la APN, con opinión favorable del CONCEDENTE y del REGULADOR, **otorgar garantías a favor de los Acreedores Permitidos**, para garantizar el Endeudamiento Garantizado Permitido, sobre lo siguiente:

(i) El derecho de la Concesión, conforme a lo previsto en el Artículo 3 de la Ley N° 26885.

(ii) Los ingresos de la Concesión, netos de la Retribución, del Aporte por Regulación a la que se refiere el Artículo 14, inciso a) de la Ley 26917 y de cualquier otro monto comprometido a entidades estatales.

(iii) Las acciones o participaciones del CONCESIONARIO.

(iv) Los Bienes del Concesionario, para cuyo efecto el fideicomiso a que hace referencia la Cláusula 5.15, podrá ser sustituido o modificado por un fideicomiso en garantía.

(...)”

(Énfasis agregado).

59. En la cláusula citada se determina un propósito para el otorgamiento de garantías: financiar el diseño, construcción, conservación y/o explotación de la obra. Siendo así, una posible lectura consiste en que, cuando en cumplimiento de la cláusula 6.34, la construcción de una obra cuenta con financiamiento acreditado a conformidad del Concedente, no resulta aplicable la cláusula 10.5 por cuanto el propósito de financiar la construcción de las obras, ya se habría cumplido. Sin embargo, otra lectura posible sería

que la conformidad del Concedente otorgada en aplicación de la cláusula 6.34, no limitaría la aplicación de la cláusula 10.5.

60. Siendo así, respecto de este extremo de la solicitud es posible identificar al menos dos posibles lecturas de las Cláusulas 6.34 y 10.5 en esta etapa del procedimiento:

Lectura 1

Cuando la construcción de una obra cuenta con financiamiento acreditado a conformidad del Concedente en cumplimiento de la cláusula 6.34, no resulta aplicable la cláusula 10.5 por cuanto el propósito de financiar la construcción de las obras, ya se ha cumplido.

Lectura 2

La cláusula 10.5 no establece una oportunidad específica para el otorgamiento de garantías vinculada con la ejecución de la cláusula 6.34; en ese sentido, esta última no limita la aplicación de la cláusula 10.5.

Cláusula 13.4 – Cláusulas en los Contratos del Concesionario

61. Respecto a este punto, el Concesionario plantea una interpretación contractual a efectos de dilucidar si es posible no incluir las disposiciones contempladas en la Cláusula 13.4 del Contrato de Concesión en los contratos de financiamiento del EGP con los Acreedores Permitidos.

62. En la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión se dispone lo siguiente:

*“13.4 En todos los contratos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal deberá incluir cláusulas que contemplen lo siguiente:  
a) Incluir una Sección en virtud de la cual se precise que la Caducidad de la Concesión conllevará la resolución de los respectivos contratos por ser éstos accesorios al primero.  
b) Limitar su plazo de vigencia a fin que en ningún caso exceda el plazo de la Concesión.  
c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, el REGULADOR y sus funcionarios.  
(...)”*

(Énfasis agregado).

63. De acuerdo con lo literalmente estipulado, los contratos que se encuentran dentro de su alcance son aquellos celebrados por el Concesionario con sus socios, terceros y personal; instrumentos que deben contener, entre otros, los pactos previstos en los literales a) y b) de la cláusula 13.4 para que se resuelvan por caducidad de la concesión y para que su vigencia se limite al plazo de la concesión, respectivamente.

64. En ese sentido, dado que el término “tercero” no está definido en el Contrato de Concesión y que en la cláusula 13.4 dicho término no se encontraría acotado a algún tipo particular de agentes, los contratos de financiamiento y garantía que celebra el Concesionario con los acreedores permitidos se encontrarían dentro de su alcance; considerando que se alude a “todos” los contratos celebrados por el Concesionario con tales terceros, sin que en la cláusula 13.4 se hayan previsto excepciones.

65. Por su lado, el Contrato de Concesión contempla que el Concedente pueda asumir la posición contractual del Concesionario en los contratos que este último haya celebrado con los acreedores permitidos en un escenario de Caducidad. En efecto, la cláusula 10.6 del Contrato de Concesión contiene las disposiciones que rigen el procedimiento para la autorización del endeudamiento garantizado permitido, donde se establece que:

*“10.6. Se requerirá la aprobación de la APN de los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido. La aprobación sólo podrá negarse*

basándose en el perjuicio económico que dichos términos podrían ocasionar al CONCEDENTE.

**El CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de aprobación simultáneamente a la APN al CONCEDENTE y al REGULADOR, acompañando la información vinculada al Endeudamiento Garantizado Permitido, así como la información indicada en el último párrafo de la Cláusula 10.5.**

(...)

**El CONCEDENTE podrá exigir que en los contratos que el CONCESIONARIO celebre con Acreedores Permitidos para el financiamiento del NTC se establezca el derecho del CONCEDENTE a asumir la posición contractual del CONCESIONARIO en caso de caducidad. Para tal fin, el CONCEDENTE contará con un plazo perentorio de diez (10) Días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud mencionada en el segundo párrafo de esta Cláusula, para ejercer tal derecho."**

(Énfasis agregado).

66. Así, una vez presentada la solicitud de aprobación del endeudamiento garantizado permitido, el Concedente cuenta con un plazo perentorio de diez (10) días hábiles para ejercer su prerrogativa de exigir al Concesionario que en los contratos con los acreedores permitidos se establezca el derecho del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad.
67. En torno a la caducidad, las cláusulas 15.11 y 15.17 del Contrato de Concesión prescribe que:

**"15.11 Producida la Caducidad de la Concesión, la actividad del CONCESIONARIO cesa y se extingue su derecho de explotar la Infraestructura Portuaria, derecho que es reasumido por el CONCEDENTE, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos que corresponden a los Acreedores Permitidos según lo establecido en la Sección X del presente contrato.**

**Asimismo, se extinguen todos los contratos a los que se refiere la Sección XIII del presente Contrato, salvo aquellos que expresamente el CONCEDENTE haya decidido mantener en vigencia y asumido la posición contractual del CONCESIONARIO."**

**"15.17 En un plazo no mayor a un (1) año, el CONCEDENTE cancelará a los Acreedores Permitidos el saldo del Endeudamiento Garantizado Permitido, considerando como límite el PMA correspondiente.**

**Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, en caso que en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo de la Cláusula 10.6 el CONCEDENTE hubiese exigido que se incluya su derecho a asumir la posición contractual del CONCESIONARIO en sus contratos con los Acreedores Permitidos y que efectivamente hubiese ejercido el derecho a asumir la posición, el CONCEDENTE cancelará a los Acreedores Permitidos el saldo del Endeudamiento Garantizado Permitido bajo los mismos términos y condiciones de los contratos cedidos."**

(Énfasis agregado).

68. De la cláusula 15.11 es posible colegir que los contratos en que el Concedente exigió la inclusión de la figura de cesión de posición contractual, donde la posición del Concesionario sea efectivamente asumida por el Concedente, se mantendrán vigentes con posterioridad a la caducidad de la concesión; consecuentemente, resulta admisible una lectura que excluya a este particular tipo de contratos, de la exigencia de resolverse en caso de caducidad y de la limitación de su vigencia al plazo de la concesión.
69. Siendo así, respecto de este extremo de la solicitud es posible identificar al menos dos posibles lecturas:

#### Lectura 1

Los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos deben contener todos los pactos exigidos por la cláusula 13.4.

### Lectura 2

En los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos, cuando el Concedente ejerce la prerrogativa de exigir al Concesionario que se establezca su derecho de asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad, no se requiere la inclusión de los pactos contemplados en los literales a y b de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatibles con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición del contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.

70. Sobre la base del análisis realizado respecto de los tres extremos de la solicitud de interpretación formulada, estas Gerencias consideran que existen elementos que justificarían el inicio de un procedimiento de interpretación contractual de parte del Consejo Directivo con el objetivo de aclarar el sentido y alcance de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión
71. En ese sentido, como se indicó previamente, de conformidad con el artículo 29 del REGO del Ositrán, corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura.
72. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio a dicho procedimiento de interpretación contractual, se debe informar su decisión al Concesionario, al MTC y a la APN, de acuerdo con el Principio de Transparencia establecido en el numeral 5.4 de los Lineamientos, para que se sirvan emitir su respectiva opinión, debiendo otorgarse para tal efecto, un plazo de diez (10) días hábiles<sup>1</sup>.
73. En el mismo sentido, en atención al principio de transparencia previsto en el numeral 9.6 del artículo 9 del REGO, se considera que, para el presente caso, además de notificar el inicio del procedimiento de interpretación contractual a las Partes, corresponde también disponer la publicación de la resolución respectiva en el Diario Oficial "El Peruano", para que los terceros interesados tomen conocimiento del mismo.

#### **IV. CONCLUSIONES:**

74. Del análisis realizado en la etapa inicial del procedimiento se advierte que las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión podrían implicar por lo menos, dos posibles lecturas:
  - (i) Cláusula 1.20.41 – Definición del Endeudamiento Garantizado Permitido

### Lectura 1

Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos a través de un endeudamiento garantizado permitido deben ser utilizados para financiar el objeto del Contrato de Concesión, con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento.

### Lectura 2

Cuando la cláusula 1.20.41 menciona que los fondos obtenidos mediante un endeudamiento garantizado permitido "serán destinados" al cumplimiento del objeto

---

<sup>1</sup> **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444:**

**"Artículo 141.- Plazos máximos para realizar actos procedimentales**

*A falta de plazo establecido por ley expresa, las actuaciones deben producirse dentro de los siguientes plazos:*

*(...)*

*4. Para actos de cargo del administrado requeridos por la autoridad, como entrega de información, respuesta a las cuestiones sobre las cuales deban pronunciarse: dentro de los diez días de solicitados."*

del Contrato de Concesión, establece la finalidad contemplada para tal endeudamiento.

- (ii) Cláusulas 6.34 y 10.5 – Régimen Económico de la Construcción y Garantías a favor de los Acreedores Permitidos

Lectura 1

Cuando la construcción de una obra cuenta con financiamiento acreditado a conformidad del Concedente en cumplimiento de la cláusula 6.34, no resulta aplicable la cláusula 10.5 por cuanto el propósito de financiar la construcción de las obras, ya se ha cumplido.

Lectura 2

La cláusula 10.5 no establece una oportunidad específica para el otorgamiento de garantías vinculada con la ejecución de la cláusula 6.34; en ese sentido, esta última no limita la aplicación de la cláusula 10.5.

- (iii) Cláusula 13.4 – Cláusulas en los Contratos del Concesionario

Lectura 1

Los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos deben contener todos los pactos exigidos por la cláusula 13.4.

Lectura 2

En los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos, cuando el Concedente ejerce la prerrogativa de exigir al Concesionario que se establezca su derecho de asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad, no se requiere la inclusión de los pactos contemplados en los literales a y b de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatibles con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición del contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.

75. De conformidad con el artículo 29 del REGO del Ositrán, corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura.
76. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio a dicho procedimiento de interpretación contractual, se debe informar su decisión al Concesionario, al MTC y a la APN. Adicionalmente, se considera que además de notificar el inicio del procedimiento de interpretación contractual a las Partes, corresponde también disponer la publicación de la resolución respectiva en el Diario Oficial "El Peruano", para que los terceros interesados tomen conocimiento del mismo.

**V. RECOMENDACIÓN:**

77. Se recomienda poner en consideración del Consejo Directivo el presente informe, a fin de que dicho órgano colegiado, de estimarlo conveniente, disponga el inicio de oficio del procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.

Atentamente,

Firmado por  
**RICARDO QUESADA ORÉ**  
Gerente de Regulación y Estudios  
Económicos

Firmado por  
**JAVIER CHOCANO PORTILLO**  
Gerente de Asesoría Jurídica

Visado por  
Melina Caldas Cabrera  
Jefe de Regulación  
Gerencia de Regulación y Estudios  
Económicos

Visado por  
Víctor Arroyo Tocto  
Jefe de Asuntos Jurídicos Regulatorios  
y Administrativos  
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por  
Ingrid Aquino Sotomayor  
Asistente legal  
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por  
Martha Zamora Barboza  
Abogada Senior  
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por  
Kimberly León Rosales  
Asistente Legal  
Gerencia de Regulación y Estudios  
Económicos

Visado por  
Juan Carlos Ames Santillan  
Analista Regulatorio Financiero  
Gerencia de Regulación y Estudios  
Económicos

Visado por  
José Antonio Gutiérrez Damazo  
Coordinador de Gestión Regulatoria  
Gerencia de Regulación y Estudios  
Económicos

Se adjunta lo siguiente:

- Proyecto de Resolución de Consejo Directivo.
- Proyecto de Acuerdo de Consejo Directivo.
- Resumen Ejecutivo.

NT 2023051553