



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo



Firmado por:  
ZAMBRANO  
COPELLO Rosa  
Veronica FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024  
13:52:04 -0500

## RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

N°0073-2024-PD-OSITRAN

Lima, 11 de noviembre de 2024

### VISTO:

El Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN de fecha 07 de noviembre de 2024, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica en cumplimiento del encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante el Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN y el Proveído de fecha 06 de noviembre de 2024; y,

### CONSIDERANDO:

Que, el 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el 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 DPWC);

Que, mediante la Carta DALC.DPWC.083.2022, DPWC 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;

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N°26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, 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: MEJIA CORNEJO Juan  
Carlos FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 13:16:02 -0500

Visado por: JIMENEZ CERRON Tito  
Fernando FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 13:09:37 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis  
Ricardo FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 13:06:00 -0500



Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N°0023-2023-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N°00074-2023-IC-OSITRAN de fecha 09 de mayo de 2023, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se dispuso 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;

Que, mediante los Oficios N°00132, 00133 y 00134-GRE-OSITRAN, se solicitó al MTC, a la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN) y a DPWC emitir opinión sobre la interpretación de considerarlo pertinente. Con fecha 05 de junio de 2023, mediante el Oficio N° 1841-2023-MTC/19, el MTC remitió el Informe N°1673-2023-MTC/19.02 elaborado por la Dirección de Inversión Privada en Transportes. Con fecha 05 de junio de 2023, mediante Oficio N° 0683-2023-APN-GG-UAJ, la APN remitió el Informe Técnico Legal N° 0050-2023-APN-UAJ-DIPLA elaborado por la Unidad de Asesoría Jurídica y la Dirección de Planeamiento y Estudios Económicos de la APN. Y, con fecha 02 de junio de 2023, mediante la Carta DALC.DPWC.152.2023, DPWC remitió su posición sobre la interpretación contractual;

Que, mediante los Oficios N°00139 y 00140-GRE-OSITRAN, del 26 de junio de 2023, se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) y a Proinversión absolver determinadas consultas jurídicas respecto al endeudamiento garantizado permitido. Mediante el Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP del 01 de agosto de 2023, Proinversión atendió las consultas jurídicas contenidas en el Oficio N°00140-2023-GRE-OSITRAN;

Que, el 07 de agosto de 2023, DPWC remitió la Carta DALC.DPWC.210.2023, a través de la cual presentó una consultoría legal de parte con relación a la materia del procedimiento de interpretación contractual;

Que, el 22 de agosto de 2023, el MTC se pronunció sobre el Oficio N°24-2023/PROINVERSION/DEP y el Informe N°004-2023/DEP.PUE emitidos por Proinversión;

Que, el 11 de octubre de 2023, DPWC remitió la Carta DALC.DPWC.278.2023, a través de la cual presentó argumentos relacionados a su posición en el procedimiento de interpretación contractual. Asimismo, el 23 de octubre de 2023, el Concesionario presentó la Carta DALC.DPWC.302.2023, entre otros, solicitando el uso de la palabra;

Que, por intermedio del Oficio N°0389-2023-PD-OSITRAN, notificado con fecha 03 de noviembre de 2023, se comunicó al Concesionario que el Ositrán no cuenta con el *quorum* exigido para sesionar, quedando a salvo el derecho del Concesionario para solicitar el pronunciamiento de la Presidencia Ejecutiva si considera que se reúnen las condiciones para una medida de emergencia, en el marco de lo establecido en el numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán (en adelante, ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM;

Que, el 03 de noviembre de 2023, a través del Oficio N°3580-2023-MTC/19.02, el MTC se pronunció sobre los argumentos planteados por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.278.2023;

Que, el 14 de noviembre de 2023, mediante la Carta DALC.DPWC.336.2023, el Concesionario sustentó las razones por las que considera que la Presidencia Ejecutiva debe resolver la materia discutida como una medida de emergencia. Asimismo, mediante la señalada carta, el Concesionario se pronunció sobre la posición planteada por el MTC a través del Oficio N°3580-2023-MTC/19.02 presentado por el MTC;



Que, en atención al pedido de absolución de consultas jurídicas efectuado mediante el Oficio N°00139-2023-GRE-OSITRAN del 26 de junio de 2023, reiterado mediante el Oficio N°00171-2023-GRE-OSITRAN del 04 de septiembre de 2023, el Oficio N°00199-2023-GRE-OSITRAN del 25 de octubre de 2023 y el Oficio N°00012-2024-GRE-OSITRAN del 18 de enero de 2024, el MEF respondió tales consultas por intermedio del Oficio N°040-2024-EF/68.02 recibido el 09 de febrero de 2024;

Que, el 21 de febrero de 2024, a través del Oficio N°00058-2024-PD-OSITRAN, la Presidencia Ejecutiva realizó consultas a Proinversión con el fin de tener alcances generales del tratamiento que se viene dando a distintos aspectos del Endeudamiento Garantizado Permitido;

Que, con fecha del 29 de febrero de 2024, DPWC presentó la Carta DALC.DPWC.068.2024, pronunciándose sobre el Oficio N°3580-2023-MTC/19.02, en la referida carta, DPWC además solicitó remitirla al MTC y a la APN a fin de que tengan presente lo expuesto en dicho escrito;

Que, el 01 de marzo de 2024, mediante el Oficio N°0277-2024-APN-GG, la APN respondió el Oficio N°00063-2024-PD-OSITRAN;

Que, en atención al Oficio N°00058-2024-PD-OSITRAN, mediante el Oficio N°19-2024/PROINVERSION/DEP recibido el 16 de abril de 2024, Proinversión remitió el Informe N°016-2024-DEP;

Que, el 21 de junio de 2024, mediante la Carta DALC.DPWC.162.2024, DPWC manifestó las razones por las que considera que el procedimiento de interpretación debe ser considerado como una medida de emergencia, a fin de que la Presidencia Ejecutiva emita pronunciamiento; asimismo, solicitó el uso de la palabra ante la Presidencia Ejecutiva;

Que, el 03 de julio de 2024, a través del Oficio N°00325-2023-SCD-OSITRAN, se concedió el uso de la palabra solicitado por DPWC, programándose este para el día 10 de julio de 2024 a las 11:00 horas. Mediante el Oficio N°00327-2023-SCD-OSITRAN, notificado el 05 de julio de 2024, se comunicó al MTC que se ha citado a DPWC para hacer uso de la palabra en la fecha y hora antes indicados;

Que, con fecha del 10 de julio de 2024, en las instalaciones del Ositrán, DPWC hizo uso de la palabra manifestando los argumentos que sustentan su posición;

Que, en cumplimiento de las funciones contempladas en el numeral 5 del artículo 17 y el numeral 5 del artículo 39 del ROF, a través del Informe Conjunto N°00127-2024-IC-OSITRAN de fecha 22 de agosto de 2024, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitieron opinión sobre la interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión, recomendando en qué sentido dichas gerencias consideran que tales cláusulas deben ser interpretadas;

Que, conforme al marco normativo antes reseñado, la función del Ositrán de interpretar los contratos de concesión es competencia del Consejo Directivo; no obstante, a la fecha este Organismo Regulador no cuenta con el *quorum* requerido para llevar a cabo las sesiones de Consejo Directivo según lo previsto en el artículo 6 del ROF, por lo que no resulta posible que la interpretación del Contrato de Concesión sea objeto de debate y aprobación por parte del referido órgano colegiado;

Que, como se mencionó previamente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10 del artículo 9 del ROF, es función de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo con cargo a darle cuenta a este posteriormente;



Que, el numeral 11 de las Disposiciones para la adopción de medidas de emergencia por parte de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán, aprobadas mediante Resolución de Presidencia N°048-2023-PD-OSITRAN, prescribe que será de aplicación supletoria lo establecido en la Directiva para el Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°026-2023-CD-OSITRAN (en adelante, Directiva del CD), en lo que resulte pertinente;

Que, mediante Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN de fecha 03 de octubre de 2024, la Presidencia Ejecutiva formuló observaciones respecto de algunos aspectos abordados en el Informe Conjunto N°00127-2024-IC-OSITRAN y solicitó que sean modificados para que sean incorporados en un nuevo informe que debe ser nuevamente elevado a su despacho;

Que, por intermedio del Informe Conjunto N°00168-2024-IC-OSITRAN de fecha 30 de octubre de 2024, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica atendieron el encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante el Memorando N°00086-2024-PD-OSITRAN;

Que, mediante Proveído del 06 de noviembre de 2024, la Presidencia Ejecutiva devolvió el Informe Conjunto N°00168-2024-IC-OSITRAN proponiendo modificaciones formales, solicitando que se incorporen en un nuevo informe que deberá ser elevado nuevamente a su Despacho;

Que, en aplicación supletoria de los numerales 6.8.8 y 6.94 de la Directiva del CD, a través del Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN de fecha 07 de noviembre de 2024, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos cumplen con el encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante Proveído del 06 de noviembre de 2024;

Que, atendiendo a las consideraciones detalladas en el Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN, en el presente caso se ha identificado la existencia de una situación de emergencia que justifica que la Presidencia Ejecutiva, de manera excepcional, interprete las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión, ello, en ejercicio de la facultad de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, contemplada en el numeral 10 del artículo 9 del ROF, dándole cuenta sobre ellas en su siguiente sesión;

Que, la Presidencia Ejecutiva manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, en cumplimiento del encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN y del Proveído del 06 de noviembre de 2024, constituyendo el informe y el memorando mencionados 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;

Que, 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 la decisión sobre la interpretación contractual a las partes del Contrato de Concesión, corresponde disponer la publicación de la resolución en el Diario Oficial El Peruano, para que los terceros legítimamente interesados tomen conocimiento del mismo;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones de este Organismo Regulador previstas en el Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante el Decreto Supremo N°044-2006-PCM y sus modificatorias; y en ejercicio de la función de la Presidencia Ejecutiva contemplada en el numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

mediante el Decreto Supremo N°012-2015-PCM y sus modificatorias, de conformidad con la Resolución de Presidencia N°0048-2023-PD-OSITRAN;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.-** Interpretar las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, en el siguiente sentido:

**Cláusulas 6.34 y 10.5:**

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 1.20.41:**

Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos mediante un Endeudamiento Garantizado Permitido serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, debiendo entenderse que el término “serán destinados” establece la finalidad contemplada para tal financiamiento, no la temporalidad del mismo.

**Cláusula 13.4:**

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 del pacto contemplado en el literal a) de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatible con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.

**Artículo 2º.-** Notificar la presente resolución y el Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN, así como su anexo el Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la empresa DP World Callao S.R.L.

**Artículo 3º.-** Disponer la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; asimismo, disponer su difusión y la del Informe Conjunto N°00175-2024-IC-OSITRAN, así como su anexo el Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN, en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano (<http://www.gob.pe/ositrán>).

**Artículo 4º.-** Dar cuenta de la presente resolución al Consejo Directivo, en su siguiente sesión.

Regístrese, comuníquese y publíquese

Firmada por  
**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidente del Consejo Directivo  
Presidencia Ejecutiva

Visada por  
**JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**  
Gerente General  
Gerencia General



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Visada por

**RICARDO QUESADA ORÉ**

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

Visada por

**TITO JIMÉNEZ CERRÓN**

Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica (e)  
Gerencia de Asesoría Jurídica

NT. 2024142961

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° 00175-2024-IC-OSITRAN

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

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

**TITO JIMÉNEZ CERRÓN**  
Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : 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  
**Artículo 29 del Reglamento General del Ositrán e inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán**

Fecha : 07 de noviembre de 2024

### I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objeto cumplir con el encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante Memorando N° 00086-2024-PD-OSITRAN, que forma parte del presente documento como único anexo, en el marco del procedimiento de interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, TMS).

### 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 TMS (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) – quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) – en su calidad de Concedente y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario), en calidad de Concesionario.
3. Mediante el Oficio N° 2719-2021-MTC/19 recibido el 02 de junio de 2021, el MTC puso en conocimiento del Ositrán el Oficio N° 2679-2021-MTC/19, a través del cual – con base en el Contrato de Concesión y en el Informe N° 1128-2021-MTC/19.02 – comunicó a DPWC 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”, en el marco de lo establecido en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión.
4. Mediante la Carta GG. DPWC.002.2022, recibida el 16 de mayo de 2022, DPWC se dirigió al MTC, a la APN y al Ositrán, solicitando la aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de constitución de garantías, en el marco de las cláusulas 10.5 y 10.6 de la Sección X del Contrato de Concesión.
5. Al respecto, 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, se indicó que, según se advierte de las cláusulas 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión, la opinión previa que emite el Regulador sobre la aprobación de Endeudamiento Garantizado Permitido tiene carácter de opinión técnica sobre sus términos financieros principales y opinión favorable respecto de las garantías que pueden

Firmado por:  
QUESADA ORE,  
LUIS RICARDO  
20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024  
11:42:49 -0500

Firmado por:  
JIMENEZ CERRON  
Tito Fernando FAU  
20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024  
11:50:47 -0500

Visado por:  
ZAMORA BARBOZA, MARTHA  
YSABEL  
20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 11:59:59 -0500

Visado por: ALVAREZ HUAMAN Junior  
Missael FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 11:55:54 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA  
Daisy Melina FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 11:46:23 -0500

Visado por: ROSALES MAYO Christian  
Juan FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 11:38:59 -0500

Visado por: LEON ROSALES Kimberly  
Lucero FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 11/11/2024 11:14:03 -0500

ser otorgadas a favor de los Acreedores Permitidos. De esa forma, la participación del Ositrán se centra en revisar que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido y que las garantías sean compatibles con las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión. Así, como resultado del análisis del Ositrán, mediante el informe señalado anteriormente, se 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 Técnica 081 del Regulador). Dicha opinión fue notificada a DPWC por intermedio del Oficio N° 0099-2022-SCD-OSITRAN.

6. Mediante la Carta DALC.DPWC.279.2022, del 21 de setiembre de 2022, DPWC se dirigió al MTC y a la APN, con copia al Ositrán, solicitando el desistimiento del inicio del procedimiento de aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido y autorización de constitución de garantías, al no encontrarse conforme con la Opinión Técnica 081 del Regulador.
7. A través de la Carta N° 1007-2022-APN-GG-UAJ de fecha 22 de setiembre de 2022, la APN comunicó a DPWC, con copia a Ositrán y al MTC, la aceptación del desistimiento y la declaración de 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.
8. Mediante el Oficio N° 5223-2022-MTC/19 de fecha 23 de setiembre de 2022, el MTC comunicó a DPWC 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 081 del Regulador.
9. A través de la Carta DALC.DPWC.083.2022 recibida el 24 de marzo de 2023, DPWC 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 particular, DPWC consideró que a través de la interpretación es necesario esclarecer si, bajo el Contrato de Concesión:
  - a. Resulta posible reembolsar los recursos propios del Concesionario destinados a la ejecución de las Obras de la Fase 2 del proyecto mediante un Endeudamiento Garantizado Permitido, siendo que dichos recursos están destinados al cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión y permitirán al Concesionario seguir cumpliendo con este.
  - b. Resulta posible solicitar y obtener un Endeudamiento Garantizado Permitido y otorgar las garantías correspondientes en el marco del Contrato de Concesión para financiar la construcción de las Obras Obligatorias de la Fase 2 del proyecto habiéndose cumplido previamente con la acreditación de los recursos para la construcción de tales obras mediante un mecanismo de financiamiento distinto.
  - c. Resulta posible no incluir las disposiciones contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión en los contratos de financiamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido con los Acreedores Permitidos.
10. Mediante la Carta DALC.DPWC.116.2022 recibida el 26 de abril de 2023, DPWC solicitó hacer uso de la palabra ante el Ositrán con el fin de informar oralmente su solicitud de inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
11. 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 DPWC, programándose para el día 09 de mayo de 2023.

12. Con fecha del 09 de mayo de 2023, en las instalaciones del Ositrán, DPWC 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.
13. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0023-2023-CD-OSITRAN, sustentada en 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, se dispuso 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. La mencionada resolución fue notificada al MTC, a la APN y a DPWC, mediante los Oficios N° 059-2023-SCD-OSITRAN, 060-2023-SCD-OSITRAN y 061-2023-SCD-OSITRAN, respectivamente, el día 11 de mayo de 2023.
14. Con el Oficio N° 00132-2023-GRE-OSITRAN del 19 de mayo de 2023, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán se dirigió al MTC solicitándole que, de considerarlo pertinente, manifieste su posición sobre el mencionado procedimiento de interpretación contractual, para lo cual se le otorgó diez (10) días hábiles. Con fecha 05 de junio de 2023, mediante Oficio N° 1841-2023-MTC/19, el MTC remitió el Informe N° 1673-2023-MTC/19.02 elaborado por la Dirección de Inversión Privada en Transportes, el mismo que contiene la posición del MTC sobre la interpretación contractual.
15. A través del Oficio N° 00133-2023-GRE-OSITRAN del 19 de mayo de 2023, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán se dirigió también a la APN solicitándole que, de considerarlo pertinente, manifieste su posición sobre el procedimiento de interpretación contractual, para lo cual se le otorgó diez (10) días hábiles. Con fecha 05 de junio de 2023, mediante Oficio N° 0683-2023-APN-GG-UAJ, la APN remitió el Informe Técnico Legal N° 0050-2023-APN-UAJ-DIPLA elaborado por la Unidad de Asesoría Jurídica y la Dirección de Planeamiento y Estudios Económicos de la APN, en el cual manifiesta su opinión sobre la interpretación contractual.
16. De igual forma, por intermedio del Oficio N° 00134-2023-GRE-OSITRAN del 19 de mayo de 2023, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán se dirigió a DPWC solicitándole que, de considerarlo pertinente, manifieste su posición en relación con el procedimiento de interpretación contractual, para lo cual se le otorgó diez (10) días hábiles. Con fecha 02 de junio de 2023, mediante Carta DALC.DPWC.152.2023, DPWC remitió su opinión sobre la interpretación contractual.
17. Mediante el Oficio N° 00139-2023-GRE-OSITRAN del 26 de junio de 2023, en el marco de la colaboración entre entidades prevista en el artículo 87 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán se dirigió al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) con el fin de trasladar consultas jurídicas vinculadas al procedimiento de interpretación contractual. Para tal efecto, se le concedió un plazo de diez (10) días hábiles.
18. A través del Oficio N° 00140-2023-GRE-OSITRAN del 26 de junio de 2023, en el marco de la colaboración entre entidades prevista en el artículo 87 del TUO de la LPAG, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán se dirigió a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión) con el fin de trasladar consultas jurídicas y que estas sean absueltas en un plazo de diez (10) días hábiles.
19. Con fecha del 04 de julio de 2023, a solicitud de DPWC, se llevó a cabo una reunión presencial en las instalaciones de la Sede Principal del Ositrán entre representantes del Concesionario y funcionarios de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán. En dicha reunión, DPWC reiteró su posición contenida en la Carta DALC.DPWC.152.2023 presentada el 02 de junio de 2023.

20. Por intermedio del Oficio N° 00018-2023/PROINVERSION/DEP del 12 de julio de 2023, Proinversión solicitó diez (10) días hábiles adicionales para atender las consultas jurídicas contenidas en el Oficio N° 00140-2023-GRE-OSITRAN. El plazo adicional solicitado fue concedido mediante el Oficio N° 00145-2023-GRE-OSITRAN con fecha del 14 de julio de 2023. Posteriormente, mediante Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP del 01 de agosto de 2023, Proinversión atendió las consultas jurídicas contenidas en el Oficio N° 00140-2023-GRE-OSITRAN, para lo cual remitió el Informe N° 004-2023/DEP.PUE.
21. Con fecha del 07 de agosto de 2023, DPWC presentó a este Regulador la Carta DALC.DPWC.210.2023, mediante la cual remitió la opinión de un consultor legal contratado por dicho Concesionario sobre el procedimiento de interpretación contractual.
22. A través del Oficio N° 00159-2023-GRE-OSITRAN del 11 de agosto de 2023, este Regulador puso en conocimiento de DPWC el Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP y el Informe N° 004-2023/DEP.PUE emitidos por Proinversión.
23. Igualmente, mediante los Oficios N° 00160-2023-GRE-OSITRAN y N° 00161-2023-GRE-OSITRAN del 14 de agosto de 2023, este Regulador puso en conocimiento del MTC y de la APN, respectivamente, el Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP y el Informe N° 004-2023/DEP.PUE emitidos por Proinversión, así como la Carta DALC.DPWC.210.2023 y su adjunto, remitidos por DPWC.
24. Por intermedio del Oficio N° 2662-2023-MTC/19.02 del 22 de agosto de 2023, el MTC se pronunció sobre el Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP y el Informe N° 004-2023/DEP.PUE emitidos por Proinversión. Cabe mencionar que, a través de los Oficios N° 172-2023-GRE-OSITRAN y N° 173-2023-GRE-OSITRAN, del 01 y 04 de septiembre de 2023, este Regulador puso en conocimiento de la APN y de DPWC, respectivamente, el mencionado pronunciamiento del MTC.
25. Mediante el Oficio N° 00171-2023-GRE-OSITRAN del 04 de septiembre de 2023, este Regulador se dirigió al MEF con el fin de reiterar las consultas jurídicas contenidas en el Oficio N° 00139-2023-GRE-OSITRAN; para tales efectos, se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles.
26. Con fecha 11 de octubre de 2023, DPWC presentó la Carta DALC.DPWC.278.2023 mediante la cual puso en consideración del Regulador casuística que, a su juicio, sería relevante para el procedimiento de interpretación contractual.
27. Mediante los Oficios N° 00197-2023-GRE-OSITRAN y N° 00198-2023-GRE-OSITRAN del 18 de octubre de 2023, el Ositrán puso en conocimiento del MTC y de la APN, respectivamente, la Carta DALC.DPWC.278.2023 presentada por el Concesionario a fin de que, de considerarlo pertinente, puedan manifestarse en un plazo de diez (10) días hábiles.
28. Con fecha del 23 de octubre de 2023, DPWC presentó la Carta DALC.DPWC.302.2023 mediante la cual hizo referencia a una reunión que se llevó a cabo el 20 de octubre de 2023, convocada por Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), como parte del seguimiento que dicho equipo venía realizando al proyecto "Terminal de Contenedores Muelle Sur-Callao", compartiendo la presentación que expuso en dicha reunión. Además, el Concesionario solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán.
29. Mediante el Oficio N° 00199-2023-GRE-OSITRAN del 25 de octubre de 2023, el Ositrán se dirigió al MEF con el fin de reiterar las consultas jurídicas contenidas en el Oficio N° 171-2023-GRE-OSITRAN. Adicionalmente, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán trasladó al MEF una consulta adicional planteada por la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán. Asimismo, se puso en conocimiento del MEF las Cartas DALC.DPWC.210.2023 y DALC.DPWC.278.2023 presentadas por el Concesionario.

30. Mediante el Oficio N° 00200-2023-GRE-OSITRAN del 25 de octubre de 2023, el Ositrán se dirigió a Proinversión con el fin de hacer de su conocimiento las Cartas DALC.DPWC.210.2023 y DALC.DPWC.278.2023 presentadas por el Concesionario.
31. Con fecha del 27 de octubre de 2023, mediante el Oficio N° 1342-2023-APN-GG, la APN respondió el Oficio N° 00198-2023-GRE-OSITRAN del 18 de octubre de 2023 indicando que no les corresponde emitir pronunciamiento respecto a la Carta DALC.DPWC.278.2023, dado que los pronunciamientos a los que DPWC hizo referencia en dicha carta resultan ajenos a cualquier evaluación técnica que haya efectuado la APN.
32. Con fecha del 03 de noviembre de 2023, por intermedio del Oficio N° 0389-2023-PD-OSITRAN, la Presidencia del Ositrán se dirigió a DPWC con el fin de atender la Carta DALC.DPWC.302.2023, comunicando que el Ositrán no cuenta con el *quorum* exigido para sesionar, quedando a salvo el derecho del Concesionario para solicitar el pronunciamiento de la Presidencia Ejecutiva si considera que la respuesta a la solicitud reúne las condiciones para ser considerada una medida de emergencia, en el marco de lo establecido en el numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán (en adelante, ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.
33. Con fecha del 03 de noviembre de 2023, a través del Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, el MTC respondió el Oficio N° 00197-2023-GRE-OSITRAN del 18 de octubre de 2023, emitiendo pronunciamiento sobre los puntos planteados por el Concesionario mediante la Carta DALC.DPWC.278.2023.
34. Mediante el Oficio N° 00206-2023-GRE-OSITRAN del 09 de noviembre de 2023, el Ositrán se dirigió al MTC, con copia al MEF y a Proinversión, con el fin de poner en su conocimiento la Carta DALC.DPWC.302.2023 y el Oficio N° 1341-2023-APN-GG, presentados por el Concesionario y la APN, respectivamente.
35. Mediante el Oficio N° 00207-2023-GRE-OSITRAN del 09 de noviembre de 2023, el Ositrán se dirigió a la APN, con el fin de poner en su conocimiento la Carta DALC.DPWC.302.2023 y el Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, presentados por el Concesionario y el MTC, respectivamente.
36. Mediante el Oficio N° 00208-2023-GRE-OSITRAN del 09 de noviembre de 2023, el Ositrán puso en su conocimiento de DPW los Oficios N° 3580-2023-MTC/19.02 y N° 1341-2023-APN-GG, presentados por el Concedente y la APN, respectivamente.
37. Con fecha del 14 de noviembre de 2023, mediante la Carta DALC.DPWC.336.2023, el Concesionario sustentó las razones por las que solicita que la Presidencia Ejecutiva del Ositrán resuelva como una medida de emergencia la materia discutida en el presente procedimiento de interpretación. Asimismo, mediante la señalada carta, el Concesionario se pronunció sobre el Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02 presentado por el MTC.
38. Mediante los Oficios N° 00210-2023-GRE-OSITRAN y N° 00211-2023-GRE-OSITRAN del 16 de noviembre de 2023, el Ositrán se dirigió al MTC y a la APN, respectivamente, con el fin de hacer de su conocimiento la Carta DALC.DPWC.336.2023 presentada por el Concesionario.
39. Con fecha del 18 de enero de 2024, a través del Oficio N° 00012-2024-GRE-OSITRAN, este Organismo Regulador reiteró al MEF el requerimiento de absolución de consultas realizadas mediante los Oficios N° 00139-2023-GRE-OSITRAN y N° 00199-2023-GRE-OSITRAN, del 26 de junio de 2023 y del 25 de octubre de 2023, respectivamente.

40. A través del Oficio N° 00023-2024-GRE-OSITRAN, notificado a la APN<sup>1</sup> el 07 de febrero de 2024, se le efectuó un pedido de aclaración respecto al pronunciamiento hecho por dicha Entidad mediante el Oficio N° 0683-2023-APN-GG-UAJ del 05 de junio de 2023.
41. Por intermedio del Oficio N° 040-2024-EF/68.02 recibido el 09 de febrero de 2024, el MEF se pronunció sobre el requerimiento de atención de consultas contenido en el Oficio N° 00139-2023-GRE-OSITRAN del 26 de junio de 2023, reiterado mediante el Oficio N° 00171-2023-GRE-OSITRAN del 04 de septiembre de 2023, el Oficio N° 00199-2023-GRE-OSITRAN del 25 de octubre de 2023 y el Oficio N° 00012-2024-GRE-OSITRAN del 18 de enero de 2024. Asimismo, el MEF se pronunció sobre la consulta adicional efectuada mediante el Oficio N° 00199-2023-GRE-OSITRAN del 25 de octubre de 2023, reiterada también mediante el Oficio N° 00012-2024-GRE-OSITRAN del 18 de enero de 2024.
42. El referido Oficio N° 040-2024-EF/68.02, presentado por el MEF el 09 de febrero de 2024, fue puesto en conocimiento del MTC<sup>2</sup>, la APN y DPWC, a través del Oficio N° 00027-2024-GRE-OSITRAN notificado el 13 de febrero de 2024, el Oficio N° 00028-2024-GRE-OSITRAN notificado el 14 de febrero de 2024 y el Oficio N° 00029-2024-GRE-OSITRAN notificado el 14 de febrero de 2024, respectivamente.
43. El 14 de febrero de 2024, la APN presentó el Oficio N° 0185-2024-APN-GG-UAJ-DIPLA en respuesta al Oficio N° 00023-2024-GRE-OSITRAN.
44. Por intermedio de la Carta DALC.DPWC.039.2024, recibida el 19 de febrero de 2024, el Concesionario se pronunció en torno al pedido de aclaración efectuado a la APN mediante el Oficio N° 00023-2024-GRE-OSITRAN, solicitando que se reformule la aclaración.
45. Mediante el Oficio N° 00032-2024-GRE-OSITRAN notificado al MTC el 21 de febrero de 2024, para conocimiento, se le remitió el Oficio N° 0185-2024-APN-GG-UAJ-DIPLA y la Carta DALC.DPWC.039.2024.
46. A través del Oficio N° 00058-2024-PD-OSITRAN, notificado el 21 de febrero de 2024, la Presidencia Ejecutiva del Ositrán realizó consultas a Proinversión con el fin de tener alcances generales del tratamiento que se viene dando a distintos aspectos de los EGP.
47. Mediante el Oficio N° 00033-2024-GRE-OSITRAN notificado a DPWC el 22 de febrero de 2024, para conocimiento, se le remitió el Oficio N° 0185-2024-APN-GG-UAJ-DIPLA.
48. A través del Oficio N° 00063-2024-PD-OSITRAN notificado a la APN el 23 de febrero de 2024, se le reiteró el pedido de aclaración efectuado mediante el Oficio N° 00032-2024-GRE-OSITRAN y, asimismo, se le remitió la Carta DALC.DPWC.039.2024 presentada por DPWC el 19 de febrero de 2024, a fin de que se pronuncie al respecto.
49. Con fecha del 29 de febrero de 2024, DPWC presentó la Carta DALC.DPWC.068.2024, pronunciándose sobre el Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, recibido por el Ositrán el 03 de noviembre de 2023 y puesto en conocimiento del Concesionario mediante el Oficio N° 00208-2023-GRE-OSITRAN el 09 de noviembre de 2023. En la referida carta, DPWC solicitó remitirla al MTC y a la APN a fin de que tengan presente lo expuesto en dicho escrito.
50. El 01 de marzo de 2024, mediante el Oficio N° 0277-2024-APN-GG, la APN respondió el Oficio N° 00063-2024-PD-OSITRAN.

---

<sup>1</sup> Con copia a Proinversión, al MEF, al MTC y a DPWC.

<sup>2</sup> Con copia a Proinversión.

51. Mediante el Oficio N° 00041-2023-GRE-OSITRAN notificado el 06 de marzo de 2024 al MTC<sup>3</sup>, el Ositrán hizo de su conocimiento el Oficio N° 0277-2024-APN-GG y la Carta DALC.DPWC.068.2024, asimismo, se le concedió un plazo de cinco (5) días hábiles para que se pronuncie sobre dicha carta, de considerarlo pertinente.
52. Mediante el Oficio N° 00042-2023-GRE-OSITRAN notificado el 07 de marzo de 2024 a la APN, el Ositrán hizo de su conocimiento la Carta DALC.DPWC.068.2024; asimismo, se le concedió un plazo de cinco (5) días hábiles para que se pronuncie sobre dicha carta, de considerarlo pertinente.
53. Mediante el Oficio N° 00043-2023-GRE-OSITRAN notificado el 07 de marzo de 2024 a DPWC, el Ositrán hizo de su conocimiento el Oficio N° 0277-2024-APN-GG.
54. Respecto al Oficio N° 00041-2023-GRE-OSITRAN, por intermedio del Oficio N° 0734-2024-MTC/19.02 presentado por el MTC el 11 de marzo de 2024, este solicitó una ampliación de plazo por diez (10) días hábiles para pronunciarse de considerarlo necesario.
55. En atención al Oficio N° 00042-2023-GRE-OSITRAN, con fecha del 11 de marzo de 2024 y a través del Oficio N° 0306-2024-APN-GG-UAJ, la APN manifestó que no consideraba pertinente pronunciarse sobre lo indicado por el DPWC en su Carta DALC.DPWC.068.2024.
56. El 12 de marzo de 2024 se le notificó al MTC el Oficio N° 00089-2024-GRE-OSITRAN, a través del cual se le otorgó los diez (10) días hábiles adicionales solicitados mediante el Oficio N° 0734-2024-MTC/19.02, con lo cual, el plazo para pronunciarse sobre la Carta DALC.DPWC.068.2024 – de considerarlo pertinente – vencía el 27 de marzo de 2024.
57. Por intermedio del Oficio N° 0910-2024-MTC/19.02 recibido el 27 de marzo de 2024, el MTC respondió el Oficio N° 00041-2023-GRE-OSITRAN, indicando que se ratificaba en la posición y fundamentos expuestos en los Oficios N° 1841-2023-MTC/19 y N° 3580-2023/19.02.
58. Mediante el Oficio N° 00166-2024-GRE-OSITRAN, notificado el 12 de abril de 2024, se puso en conocimiento de DPWC el Oficio N° 0910-2024-MTC/19.02, emitido por el MTC. Asimismo, el último oficio mencionado fue puesto en conocimiento de la APN por intermedio del Oficio N° 00167-2024-GRE-OSITRAN del 11 de abril de 2024.
59. Con fecha del 15 de abril de 2024 se recibió la Carta N° 0002-MSML, mediante la cual la consultora María Susana Morales Loaiza presentó un informe relativo al servicio de consultoría para el análisis económico desde el punto de vista de la estructuración de las cláusulas relacionadas al EGP y de Acreedores Permitidos en el Contrato de Concesión del TMS, según lo establecido en los Términos de Referencia de la Orden de Servicio N° 00223-2024 solicitada por la Presidencia Ejecutiva del Ositrán.
60. En atención al Oficio N° 00058-2024-PD-OSITRAN, por intermedio del Oficio N° 19-2024/PROINVERSION/DEP recibido el 16 de abril de 2024, Proinversión remitió el Informe N° 016-2024-DEP.
61. Con fecha del 19 de abril de 2024, DPWC presentó la Carta DALC.DPWC.099.2024 con el fin de complementar su Carta DALC.DPWC.068.2024 del 29 de febrero de 2024.
62. El 10 de mayo de 2024, mediante los Oficios N° 00187-2024-GRE-OSITRAN y N° 00188-2024-GRE-OSITRAN, se hizo de conocimiento del MTC y la APN, respectivamente, la Carta DALC.DPWC.099.2024 emitida por DPWC, así como el Oficio N° 19-2024/PROINVERSION/DEP y el Informe N° 016-2024-DEP emitidos por Proinversión.

<sup>3</sup> Con copia a DPWC, la APN, la DGPIP del MEF y a Proinversión.

63. Mediante el Oficio N° 00186-2024-GRE-OSITRAN, notificado el 14 de mayo de 2024, se hizo de conocimiento de DPWC el Oficio N° 19-2024/PROINVERSION/DEP y el Informe N° 016-2024-DEP.
64. A través de los Oficios N° 00284-2024-PD-OSITRAN, N° 00285-2024-PD-OSITRAN y N° 00286-2024-PD-OSITRAN, notificados el 14 de junio de 2024 a la APN, DPWC y al MTC, respectivamente, se les hizo de conocimiento la Carta N° 0002-MSML presentada en el marco de la Orden de Servicio N° 00223-2024, así como el Oficio N° 19-2024/PROINVERSIÓN/DEP y su Informe N° 016-2024-DEP, a fin de que manifiesten lo que consideren pertinente respecto de los documentos antes mencionados.
65. Mediante Carta N° DALC.DPWC.162.2024, recibida el 21 de junio de 2024, DPWC manifestó las razones por las que considera que el procedimiento de interpretación debe ser considerado como una medida de emergencia, a fin de que la Presidencia Ejecutiva del Ositrán emita pronunciamiento; asimismo, solicitó el uso de la palabra para presentar los argumentos sobre su posición.
66. A través del Oficio N° 00325-2023-SCD-OSITRAN, notificado el 3 de julio de 2024, se concedió el uso de la palabra solicitado por DPWC, programándose para el día 10 de julio de 2024 a las 11:00 horas.
67. Mediante Oficio N° 00327-2023-SCD-OSITRAN, notificado el 5 de julio de 2024, se comunicó al MTC que se ha citado a DPWC para hacer uso de la palabra el día 10 de julio de 2024 a las 11:00 horas.
68. Con fecha del 10 de julio de 2024, en las instalaciones del Ositrán, DPWC hizo uso de la palabra manifestando los argumentos que sustentan su posición.
69. A través del Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN de fecha 22 de agosto de 2024, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica emitieron opinión sobre la interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.
70. Mediante Memorando N° 00086-2024-PD-OSITRAN de fecha 3 de octubre de 2024, la Presidencia Ejecutiva señaló que, a su juicio y bajo su absoluta responsabilidad, formuló observaciones y solicitó la modificación de algunos aspectos abordados en el Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN, a fin de incorporarlos en un nuevo informe que debe ser nuevamente elevado a su Despacho para la emisión de la resolución correspondiente.
71. Por intermedio del Informe Conjunto N° 00168-2024-IC-OSITRAN de fecha 30 de octubre de 2024, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica atendieron el encargo realizado por la Presidencia Ejecutiva mediante el Memorando N° 00086-2024-PD-OSITRAN.
72. Mediante Proveído del 06 de noviembre de 2024, la Presidencia Ejecutiva devolvió el Informe Conjunto N° 00168-2024-IC-OSITRAN proponiendo modificaciones formales, solicitando que se incorporen en un nuevo informe que deberá ser elevado nuevamente a su Despacho.

### III. ANÁLISIS

#### III. 1. Cuestión Previa

73. El Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (en adelante, ROF), establece lo siguiente:

“Artículo 17.- Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica

**Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes:**

(...)

**5. Emitir opinión sobre la interpretación de los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, incluida la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao, así como de otros asuntos de relevancia jurídica en los casos previstos en norma expresa;**

(...)

“Artículo 39.- Funciones de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

**Son funciones de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, las siguientes:**

(...)

**5. Emitir opinión respecto de las solicitudes de interpretación de las cláusulas de los contratos de concesión de oficio o a solicitud de parte;**

(...)

Énfasis agregado.

74. En cumplimiento de las citadas disposiciones, a través del Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN de fecha 22 de agosto de 2024, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitieron opinión sobre la interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.
75. Atendiendo a la función de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponde conocer al Consejo Directivo -prevista en el numeral 10 del artículo 9 del ROF- la Presidencia Ejecutiva realizó la evaluación del Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN emitido por las Gerencias y, al respecto, mediante Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN de fecha 3 de octubre de 2024, dispuso lo siguiente:
- “2. En los siguientes numerales se señalan puntualmente los aspectos contenidos en el Informe Conjunto respecto a los que la Presidencia del Consejo Directivo, no presenta observaciones, así como aquellos aspectos que a juicio de quien suscribe y bajo su absoluta responsabilidad, se presentan observaciones por lo que se solicita que éstos sean modificados, a fin que sean incorporados en un nuevo informe que deberá ser nuevamente elevado a este Despacho para la emisión de la resolución correspondiente que lo apruebe.”*
76. Cabe indicar que en el memorando antes citado se expone el sustento desarrollado por la Presidencia Ejecutiva respecto de aquellos aspectos que fueron materia de sus observaciones y, de otro lado, se expresa la conformidad en torno a los demás aspectos; advirtiéndose que el encargo de dicho Despacho se circunscribe a la incorporación del referido sustento en un nuevo informe para la emisión de la resolución que lo apruebe.
77. Al respecto, el numeral 11 de las Disposiciones para la adopción de medidas de emergencia por parte de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán, aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 048-2023-PD-OSITRAN, prescribe que será de aplicación supletoria lo establecido en la Directiva para el Funcionamiento de las Sesiones del Consejo Directivo, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2023-CD-OSITRAN (en adelante, Directiva del CD), en lo que resulte pertinente.
78. En el caso en cuestión son relevantes las secciones 6.8 y 6.9 de la Directiva del CD que se citan a continuación:

#### **“6.8 DESARROLLO DE LAS SESIONES**

(...)

**6.8.6 En caso de que un Director exprese un voto singular o en discordia al de la mayoría, deberá fundamentar su posición en base a argumentos de orden técnico, legal y/o económico, para que consten en el Acta. Entiéndase por voto singular a aquel que coincide con el sentido de lo resuelto, pero con fundamentos distintos o adicionales.**

Entiéndase por voto en discordia aquel que no coincide con el acuerdo adoptado por la mayoría.

**6.8.7 Los Directores que por mayoría expresen un sustento diferente al de aquel presentado por los órganos de la Entidad, deberán fundamentar su posición en base a argumentos de orden técnico, legal y/o económico, para que consten tanto en el Acta como en el Acuerdo.**

6.8.8 En cualquiera de los escenarios descritos en los numerales 6.8.6 y 6.8.7 el sustento deberá ser presentado en el mismo momento de emitir su voto o en un plazo que no exceda un (1) día hábil computado desde el día siguiente de la sesión, salvo que el plazo con el que cuenta el Regulador para emitir su pronunciamiento sea menor. En estos casos, los Directores deberán remitir su sustento en un plazo que no exceda el plazo con el que cuenta Ositrán para pronunciarse.

**Los órganos de la Entidad, bajo responsabilidad, brindarán todas las facilidades logísticas, técnicas y de recursos humanos a fin de que los Directores puedan elaborar adecuada y oportunamente el fundamento de su posición.**

(...)

#### **6.9 DEL ACTA DE LA SESIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS Y PEDIDOS**

(...)

6.9.4 En caso de observaciones y/o recomendaciones a la documentación propuesta por los órganos de la Entidad (V.g. Informes, Acuerdos, Resoluciones, Manuales, Directivas), dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la Sesión, los titulares de dichos órganos deberán alcanzar al Gerente General y Secretario el texto que incorpore las observaciones y/o recomendaciones formuladas. En la misma fecha, el Secretario deberá remitir la nueva documentación en versión electrónica, a todos los Directores.

(...)"

Énfasis agregado.

79. El numeral 6.8.7 antes citado resulta de aplicación al caso en que, por mayoría, el Consejo Directivo exprese un sustento diferente al presentado por los órganos de la Entidad; por su parte, el numeral 6.8.6 se encuentra referido a los supuestos de voto singular o en discordia respecto de la mayoría. Con relación a ambas disposiciones, el numeral 6.8.8 establece la obligación de los órganos de la entidad de brindar todas las facilidades - logísticas, técnicas y de recursos humanos- para que los Directores puedan elaborar adecuada y oportunamente el fundamento de su posición.
80. Adicionalmente, el numeral 6.9.4 de la Directiva del CD rige el escenario en que los Directores tienen observaciones y/o recomendaciones a los documentos propuestos por los órganos de la Entidad, precisando que los titulares de tales órganos deben alcanzar al Gerente General el texto que incorpore las observaciones y/o recomendaciones formuladas.
81. Conforme se advierte, el sentido de lo prescrito por los numerales 6.8.8 y 6.9.4 de la Directiva del CD es que los órganos de la Entidad cumplan con brindar el soporte requerido por los miembros del Consejo Directivo, en la medida que ese colegiado constituye el órgano competente; bajo dicha consideración, este apoyo también debe ser proporcionado para el caso en que la Presidencia Ejecutiva asume la función de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponde conocer al Consejo Directivo, tal como lo prevé el numeral 11 de las Disposiciones aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 048-2023-PD-OSITRAN.
82. Dicho esto, es pertinente distinguir entre la opinión emitida por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos sobre la interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión; y el cumplimiento del deber de proporcionar apoyo al órgano competente para efectuar dicha interpretación, en el

presente caso, la Presidencia Ejecutiva en ejercicio de la función de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponde conocer al Consejo Directivo establecida en el numeral 10 del artículo 9 del ROF.

83. En efecto, a través del Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos cumplieron con ejercer las funciones contempladas en el numeral 5 del artículo 17 y el numeral 5 del artículo 39 del ROF, respectivamente; siendo relevante destacar que el referido informe recoge el análisis efectuado por ambas gerencias y las conclusiones a las que llegaron respecto de las cláusulas materia de interpretación. Cabe indicar que dicho informe no tiene carácter vinculante – en aplicación de la presunción legal contemplada en el párrafo 182.2 del artículo 182 del TUO de la LPAG -; por lo que en la medida que la competencia para interpretar es ejercida por la Presidenta Ejecutiva en aplicación del numeral 10 del artículo 9 del ROF, esta puede apartarse del pronunciamiento de las Gerencias.
84. En contraposición al informe antes indicado, en el presente informe las gerencias que suscriben proceden a realizar las modificaciones solicitadas por la Presidencia Ejecutiva mediante Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN; en aplicación supletoria de los numerales 6.8.8 y 6.94 de la Directiva del CD, de acuerdo con lo previsto por el numeral 11 de las Disposiciones aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 048-2023-PD-OSITRAN.
85. En tal sentido, a continuación, se presenta el análisis de los siguientes aspectos:
- Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión
  - Las disposiciones contractuales objeto de interpretación
  - Lecturas planteadas por la resolución que declaró el inicio de la interpretación contractual
  - Posiciones planteadas por DPWC, el MTC y la APN
  - Consultas formuladas a Proinversión
  - Consultas formuladas al MEF
  - Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación

### III.2. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

86. El literal e) del párrafo 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo<sup>4</sup>, otorga al Ositrán la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
87. Asimismo, el artículo 29 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM<sup>5</sup> (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<sup>6</sup>. Además, el señalado artículo prevé que la interpretación está orientada a

<sup>4</sup> "Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)"

<sup>5</sup> Modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, Decreto Supremo N° 114-2013-PCM y Decreto Supremo N° 079-2023-PCM.

<sup>6</sup> Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del ROF, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

88. Mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019<sup>7</sup>, 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. En este sentido, el Ositrán 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, tal y como en el presente caso, 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.
89. Por lo expuesto, la función de interpretación a cargo del Ositrán es una competencia administrativa que obedece a una finalidad pública, la cual es ejercida con el objeto de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura y velar por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión.
90. 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 de Interpretación del Ositrán), 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.
91. De acuerdo con lo previsto en los Lineamientos de Interpretación del Ositrán, se entiende por interpretación a aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado de un 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, cuando estas son ambiguas, oscuras o poco claras.
92. Además, según dichos Lineamientos de Interpretación del Ositrán, el Organismo Regulador interpreta los contratos de concesión utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado - *ratio legis* -; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
93. De otro lado, cláusula 16 del Contrato de Concesión establece lo siguiente en relación con la interpretación de dicho contrato:
- “16.3 En caso de divergencia en la interpretación de este 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.*

<sup>7</sup> La resolución mencionada fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de septiembre de 2019.

16.4 El Contrato se suscribe únicamente en idioma castellano. De existir cualquier diferencia entre cualquier traducción del Contrato y éste, prevalecerá el texto del Contrato en castellano. Las traducciones de este Contrato no se considerarán para efectos de su interpretación.

16.5 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 A o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.

16.6 Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.

16.7 El uso de la disyunción “o” en una enumeración deberá entenderse que comprende exclusivamente a alguno de los elementos de tal enumeración

16.8 El uso de la conjunción “y” en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.

16.9 Todas 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”.

94. Cabe anotar que el Código Civil establece criterios para la interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, los cuales se citan a continuación:

**“Artículo 168.- Interpretación objetiva**

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

**Artículo 169.- Interpretación sistemática**

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

**Artículo 170.- Interpretación integral**

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

95. Como se puede observar de los dispositivos antes citados, los criterios de interpretación contemplados en el Código Civil han sido recogidos en los Lineamientos de Interpretación del Ositrán.
96. Adicionalmente, el artículo 1362<sup>8</sup> del Código Civil establece que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, por lo que, en concordancia con lo establecido por el artículo 168<sup>9</sup> del Código Civil, los contratos deben ser interpretados asumiendo que las partes contratantes han actuado con buena fe.
97. Sobre los alcances de la interpretación, Barchi (2007)<sup>9</sup> sostiene que por interpretación debe entenderse a aquella “(...) operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como ‘voluntad común’ de una determinada regulación contractual”. Para tal efecto, precisa que: “[c]omo el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad ‘común’ que se

<sup>8</sup>

**“Artículo 1362.- Buena Fe**

*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.*

<sup>9</sup>

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

traduce en el acuerdo”.

98. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007)<sup>10</sup> agrega que “(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido ‘crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial’. Para ello, el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer ‘lo expresado’ como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe”.

99. En cuanto los criterios de interpretación contemplados en el Código Civil, resulta relevante indicar que los mismos se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato, tal como ha sido señalado por Gutiérrez (2007)<sup>11</sup>:

*“(...) 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. (...)”*

100. Para efectos del presente procedimiento de interpretación, deben tenerse en consideración los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, los cuales han sido recogidos en los Lineamientos, así como los criterios de interpretación contemplados en el Contrato de Concesión.

101. En síntesis, de acuerdo con el marco normativo y contractual antes señalado, el Ositrán - a través de su Consejo Directivo- se encuentra facultado para interpretar el Contrato de Concesión ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance. De este modo, a través de la interpretación contractual se busca desentrañar la voluntad común de las partes de un contrato, que, en este caso, son el Concedente y el Concesionario (en adelante, cuando este informe se refiera a ambos de forma conjunta, Partes).

102. Cabe señalar que la interpretación contractual no tiene como propósito la integración de disposiciones no contempladas en dicho contrato o cubrir vacíos contractuales, pues ello excedería el marco legal vigente y las competencias de este Organismo Regulador, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos de Interpretación del Ositrán, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las partes de un contrato de concesión.

103. Acorde con lo anterior y considerando que, en el presente caso, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2023-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán ha determinado que existen al menos dos posibles lecturas de la cláusula 1.20.41, las cláusulas 6.34 y 10.5, y la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión del TMS, se procederá a determinar el alcance o sentido de dichas cláusulas.

### **III.3. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación**

104. Como se ha indicado previamente, de acuerdo con lo indicado en la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2023-CD-OSITRAN, son cuatro (4) las disposiciones

<sup>10</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: Op. Cit. Tomo II. p. 1649.

<sup>11</sup> Gutiérrez Camacho, Walter: “Interpretación del Acto Jurídico”, EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, p. 551.

contractuales objeto de la interpretación, a saber, las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión.

105. En la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión se indica 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”.*

106. La cláusula 6.34 del Contrato de Concesión establece lo citado a continuación:

**“RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTRUCCIÓN**

*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.*

*Los contratos referidos en el numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el Concesionario incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido.*

*(...)*

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

*(...)”.*

107. La cláusula 10.5 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

**“GARANTÍAS A FAVOR DE LOS ACREEDORES PERMITIDOS**

*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:*

*(...)*

*Para efecto de la autorización de constitución de las garantías a que se refiere la presente Sección, el CONCESIONARIO deberá entregar a la APN, el CONCEDENTE y al REGULADOR copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, así como una declaración del posible Acreedor Permitido en términos sustancialmente similares a los contenidos en el Anexo 11 del presente Contrato”.*

108. Y, la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

**“CLÁUSULAS EN CONTRATOS**

*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.*

*En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de los contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la Concesión”.*

**III. 4. Lecturas planteadas por la resolución que declaró el inicio de la interpretación contractual**

109. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0023-2023-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN, que dispuso el inicio del procedimiento de interpretación contractual, se identificaron al menos dos posibles lecturas para cada caso, según se aprecia a continuación:

Cláusulas 6.34 y 10.5	<p>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.</p> <p>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.</p>
Cláusula 1.20.41	<p>Lectura 1: Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos a través de un EGP deben ser utilizados para financiar el Objeto del Contrato de Concesión, con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento.</p> <p>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.</p>
Cláusula 13.4	<p>Lectura 1: Los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos deben contener todos los pactos exigidos por la cláusula 13.4.</p> <p>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.</p>

**III.5. Posiciones planteadas por DPWC, el MTC y la APN**

**III.5.1. Posición de DPWC**

## **Respecto a la lectura de las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión**

110. Según el Concesionario, es posible solicitar y obtener un EGP y otorgar las garantías correspondientes en el marco del Contrato de Concesión para financiar la construcción de las Obras Obligatorias de la Fase 2 del proyecto habiéndose cumplido previamente con la acreditación de los recursos para la construcción de tales obras mediante un mecanismo de financiamiento distinto (por ejemplo, el financiamiento obtenido por DPWC a través de un contrato de préstamo con una empresa vinculada, en aplicación de las alternativas de obtención de fondos previstas en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión).
111. De acuerdo con lo señalado por DPWC, la cláusula 10.5 no le impide solicitar y obtener la autorización de otorgar garantías en el marco de un EGP de manera posterior a la acreditación de recursos. Por el contrario, las cláusulas 6.34 y 10.5 permiten que el Concesionario, en cualquier momento, solicite y obtenga la autorización de las garantías en el marco de un EGP, siempre que dicho financiamiento sea utilizado para cumplir con las actividades comprendidas en el Objeto del Contrato de Concesión. Adicionalmente, ello se ve reforzado con la cláusula 10.6, que tampoco incluye una oportunidad específica para la solicitud del EGP, sino que únicamente establece que la aprobación solo podrá negarse en caso de perjuicio económico del Concedente.
112. A juicio de DPWC, a partir de una interpretación literal, ni la cláusula 6.34 restringe el derecho del Concesionario de solicitar un EGP para ejecutar Obras Obligatorias de la Fase 2 luego de haber acreditado los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, ni la cláusula 10.5 restringe el derecho del Concesionario de otorgar garantías bajo un EGP luego de dicha acreditación. La cláusula 6.34 no regula los métodos de financiamiento bajo el Contrato de Concesión, sino que concede la posibilidad del Concesionario de elegir libremente entre las múltiples alternativas de acreditación de fondos y no limita su derecho de utilizar de forma posterior otro financiamiento.
113. Asimismo, DPWC alega que, a partir de una interpretación sistemática, las cláusulas 1.20.41, 2.4, 10.5 y 10.6 no limitan ni indican un momento u oportunidad específica en la que el Concesionario puede solicitar y obtener un EGP, ni que ello no sea posible si la acreditación de fondos que exige la cláusula 6.34 se hizo con una modalidad distinta de financiamiento, sino que únicamente requieren que los fondos sean destinados al cumplimiento del Objeto del Contrato de la Concesión y que no exista un perjuicio económico al Concedente.
114. Es más, el penúltimo párrafo de la cláusula 6.34 da 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, por otra modalidad de financiamiento que le permita cumplir con la ejecución de las Obras Obligatorias de la Fase 2, lo cual podría darse bajo un EGP.
115. DPWC señala que el propio marco legal, a través del literal f) del artículo 8 de los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada<sup>12</sup>, elaborados por el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, los Lineamientos de Diseño de APP del MEF), que deben ser considerados por las entidades del Sistema Nacional de Promoción de las Inversión Privada que intervienen en cualquiera de las fases de desarrollo de un proyecto de Asociación Público Privada como este, reconoce el derecho de todo concesionario de variar la fuente de recursos, sin restringir ello a un solo momento, lo cual se condice además con el riesgo de financiamiento que es habitualmente atribuido al Concesionario en todos estos casos como regla general. Así, de no reconocerse dicho

<sup>12</sup> Elaborado Documento elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, el 14 de mayo de 2019.

derecho, se impondría restricciones financieras sin lógica, ni sustento legal, las cuales son perjudiciales al Concesionario y al proyecto en sí.

116. Además, en virtud del principio de enfoque de resultados previsto en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N° 1362, las entidades deben adoptar decisiones necesarias que permitan la ejecución oportuna de la inversión privada, evitando decisiones que entorpezcan el cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión y el desarrollo del proyecto, como lo sería realizar interpretaciones restrictivas del Contrato de Concesión para limitar el derecho del Concesionario a solicitar y obtener un EGP y otorgar garantías para seguir el cumplimiento del Contrato de Concesión. Negar la posibilidad de obtener un EGP pese a que los costos financieros del nuevo financiamiento puedan ser más favorables para el proyecto que los costos financieros previamente asumidos en un financiamiento inicial, cuyos fondos aún no han sido desembolsados y utilizados, no cumple con el principio antes señalado.
117. En cuanto a la interpretación funcional, el Concesionario sostiene que la finalidad de la cláusula 6.34 es asegurar que las Obras Obligatorias de la Fase 2 tendrán alguna fuente de financiamiento cierta y comprometida para el inicio de construcción, su propósito no es restringir la manera en que se financia el proyecto, ni establecer una fecha de corte para que el Concesionario incurra en un EGP y otorgue las garantías. Dicha cláusula cumple su propósito en el momento en que el Concedente ha comprobado que existen fondos comprometidos suficientes para iniciar la construcción de las Obras.
118. Además, DPWC señala que bajo la cláusula 10.5 del Contrato de Concesión no existe vinculación al cierre financiero (Fase 1) o acreditación de recursos de la Fase 2, sino que la vinculación es únicamente con el Objeto del Contrato de Concesión. De esa manera, a juicio del Concesionario, las cláusulas 6.34 y 6.58 del Contrato de Concesión regulan la forma en que el Concesionario debe acreditar los recursos para el inicio de la construcción de Obras de la Fase 2, sin embargo, ello no limita al Concesionario a utilizar recursos propios para poder ir financiando las inversiones o posteriormente reemplazar la fuente de financiamiento que hubiere comprometido a efectos de cumplir con la acreditación de recursos por otra alternativa de financiamiento, incluyendo el EGP.
119. De acuerdo con la cláusula 6.34, el único escenario en el que no cabe usar EGP como fuente de financiamiento para acreditar la existencia de recursos para la construcción de la Fase 2 del proyecto es el caso de un financiamiento de entidades vinculadas. No obstante, no habiendo el Concesionario hecho uso de ningún desembolso del financiamiento de vinculadas para afrontar los costos de construcción en los que ha incurrido, no existe restricción legal o contractual para acceder a un EGP para reembolsar recursos propios que ha destinado a tal fin.
120. Por tanto, DPWC afirma que en la medida que la cláusula 10.5 no establece una oportunidad específica para el otorgamiento de garantías vinculada con la ejecución de la cláusula 6.34, esta última no limita la aplicación de la cláusula 10.5.
121. Asimismo, de acuerdo con el informe presentado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.210.2023, el Contrato de Concesión emplea el concepto de “financiamiento” sin establecer una definición particular y específica, entonces el intérprete no puede sino otorgar a ese concepto el sentido natural que posee. En consecuencia, para que exista “financiamiento” a favor del “Concesionario”, es absolutamente indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor del “Concesionario” bajo obligación de repago. En el caso concreto, no se ha efectuado desembolso alguno del préstamo entre vinculadas; por tanto, no resulta legalmente posible interpretar que el EGP solicitado es un “refinanciamiento”.
122. De otro lado, el Concesionario considera importante que se evalúe el criterio emitido por el Ositrán a través del Informe N° 031-08-GRE-GAL – que no forma parte del presente procedimiento – según el cual, a juicio de DPWC, queda claro que en el pasado se ha

reconocido que el financiamiento comienza desde el desembolso (y no, a juicio del Concesionario, cuando – por ejemplo – no se han desembolsado los montos del préstamo contraído con empresas vinculadas).

- Las cláusulas 6.34 y 10.5 permiten que el Concesionario, en cualquier momento, solicite y obtenga la autorización de las garantías en el marco de un EGP, siempre que dicho financiamiento sea utilizado para cumplir con las actividades comprendidas en el Objeto del Contrato de Concesión y que no exista un perjuicio económico para el Concedente. Ninguna de dichas cláusulas restringen el derecho del Concesionario de solicitar un EGP y otorgar garantías luego de haber acreditado los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras (según lo previsto en la cláusula 6.34, la misma que no regula los métodos de financiamiento bajo el Contrato de Concesión sino las opciones para cumplir con la acreditación); en otras palabras, no limitan al Concesionario a utilizar recursos propios para poder ir financiando las inversiones o posteriormente reemplazar la fuente de financiamiento que hubiere comprometido a efectos de cumplir con la acreditación de recursos por otra alternativa de financiamiento, incluyendo el EGP.
- De acuerdo con la cláusula 6.34, el único escenario en el que no cabe usar EGP como fuente de financiamiento para acreditar la existencia de recursos para la construcción de la Fase 2 del proyecto, es el caso de un financiamiento de entidades vinculadas. No obstante, no habiendo el Concesionario hecho uso de ningún desembolso del financiamiento de vinculadas para afrontar los costos de construcción en los que ha incurrido, no existe restricción legal o contractual para acceder a un EGP para reembolsar recursos propios que ha destinado a tal fin.
- Para que exista “financiamiento” a favor del “Concesionario”, es absolutamente indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor del “Concesionario” bajo obligación de repago. Al respecto, debe tenerse en cuenta el criterio emitido por el Ositrán en el Informe N° 031-08-GRE-GAL-OSITRAN, según el cual la obligación de pago de la deuda se genera con los desembolsos, por lo que, de no existir desembolsos no podría existir financiamiento.
- El penúltimo párrafo de la cláusula 6.34 da 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, por otra modalidad de financiamiento que le permita cumplir con la ejecución de las Obras Obligatorias de la Fase 2, lo cual podría darse bajo un EGP.
- El literal f) del artículo 8 de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF reconoce el derecho de todo concesionario de variar la fuente de recursos, sin restringir ello a un solo momento, lo cual se condice además con el riesgo de financiamiento que es habitualmente atribuido al Concesionario en todos estos casos como regla general.
- El principio de enfoque de resultados previsto en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N° 1362 implica que el Organismo Regulador debe evitar decisiones que entorpezcan el cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión y el desarrollo del proyecto, como lo sería, realizar interpretaciones restrictivas del Contrato de Concesión para limitar el derecho del Concesionario a que – habiendo acreditado, en virtud de la cláusula 6.34, un financiamiento previo sin Acreedores Permitidos del cual no se han producido desembolsos – solicite y obtenga un EGP y se otorguen garantías para seguir el cumplimiento del Contrato de Concesión.

123. Adicionalmente, mediante la Carta DALC.DPWC.068.2024, el Concesionario refirió el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1746-522-14-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN, a través de los cuales el Ositrán aprobó la opinión técnica respecto del EGP de la empresa concesionaria GYM Ferrovías S.A. bajo el Contrato de Concesión del

Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1. El Concesionario apuntó que el contrato de concesión de la Línea 1 contempla una definición de EGP sustancialmente igual a la definición del Contrato de Concesión del TMS y unas cláusulas de autorización de garantías similares. En dicha ocasión, se indicó que los fondos de EGP tenían como principal objetivo el prepago de deuda subordinada que mantenía GYM Ferrovías S.A. con su vinculada. Es decir, se estaba destinando a refinanciar una deuda entre vinculadas que no fue calificada como EGP inicialmente.

#### **Respecto a la lectura de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión**

124. Según el Concesionario, de acuerdo con el Contrato de Concesión resulta posible reembolsar los recursos propios que haya destinado a la ejecución de las Obras de la Fase 2 del proyecto mediante un EGP, siendo que dichos recursos están destinados al cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión y permitirán al Concesionario seguir cumpliendo con este.
125. Como sustento de ello, DPWC señala que la interpretación correcta de la cláusula 1.20.41 es que, cuando esta indica que los fondos obtenidos mediante un endeudamiento garantizado permitido “serán destinados” al cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión, se refiere a la finalidad contemplada para tal endeudamiento. En ese sentido, no se establece una oportunidad o uso implícito para la obtención de este, por lo que el mismo puede solicitarse y obtenerse en cualquier momento durante el plazo de la Concesión.
126. Para afirmar lo anterior, el Concesionario indica que, de una interpretación literal, lo único que exige la cláusula es que los recursos del financiamiento sean destinados al objeto del Contrato de Concesión, así, no se establece una oportunidad o temporalidad para solicitar y obtener un EGP. Según indica, la cláusula estaría redactada literalmente de forma general para permitir al Concesionario solicitar un EGP en cualquier momento durante la vigencia de la Concesión. A juicio del Concesionario, al no haberse delimitado expresamente una oportunidad específica para la obtención del EGP y teniendo en cuenta que las cláusulas aplicables a dicha figura tienen una redacción general y amplia, queda evidenciado que la voluntad manifestada por las partes no es restringir el derecho del Concesionario, sino permitir que este ejerza su derecho a solicitar en cualquier momento y durante el plazo de la Concesión un EGP que le permita cumplir con cualquiera de las actividades que son Objeto del Contrato de Concesión (incluyendo la conservación y explotación de la Concesión).
127. DPWC sostiene que, de una interpretación sistemática de la cláusula 1.20.41, con la cláusula 2.4 (Objeto 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) y cláusula 10.6 (Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido), queda evidenciado que no existe una oportunidad implícita para la obtención del EGP, dado que las cláusulas no imponen restricción alguna para que se pueda proceder con el EGP y el reembolso al Concesionario. Por el contrario, leídas las cláusulas de manera conjunta, únicamente requieren que el EGP sea otorgado al Concesionario por Acreedores Permitidos, que se destine al Objeto del Contrato de Concesión y que la aprobación solo se deniegue en caso se genere un perjuicio económico al Concedente.
128. Siguiendo con dicha interpretación, DPWC afirma que la cláusula 2.4 del Contrato de Concesión, referida al Objeto de este, no se limita únicamente a la construcción de las Obras, ni a una temporalidad del financiamiento, sino que abarca el diseño, la construcción, el financiamiento, la conservación y la explotación. En ese sentido, un reembolso de recursos que fueron destinados a la ejecución de Obras por parte del Concesionario y que este hubiera podido destinar a las demás actividades que forman parte del Objeto del Contrato de Concesión, le permite precisamente realizar las

actividades de conservación y explotación de la Concesión durante su vigencia en la forma que considere más apropiada dentro de los parámetros permitidos por tal contrato.

129. Así, para cumplir el Objeto del Contrato de Concesión, la cláusula 3.3. (f) (iv) dispone que el objeto social del Concesionario se circunscribe a las actividades que forman parte del objeto del Contrato de Concesión, lo cual también se refleja en el artículo 2 del estatuto social del Concesionario. Por lo tanto, las actividades que realiza el Concesionario bajo su objeto social, que incluye la conservación y explotación, se enmarcan y circunscriben dentro del mismo objeto y finalidad del Contrato de Concesión.
130. Además, según DPWC, debe tenerse en cuenta que, según la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, el Concesionario está autorizado a manejar el negocio como considere oportuno, incluyendo, de ser el caso, el financiar sus actividades de explotación en la forma que considere más apropiada. Siendo ello así, no existe impedimento para que el Concesionario recupere recursos propios que deben haber servido para sus actividades regulares y que utilizó para solventar los costos de la construcción de la Fase 2. Al obtener un EGP, el Concesionario solo está recomponiendo su disponibilidad de recursos que puede libremente usar para cumplir con el Objeto del Contrato de Concesión, máxime cuando, entre las actividades del Objeto del Contrato de Concesión, se encuentra el financiamiento.
131. De igual forma, de acuerdo con DPWC, la cláusula 10.5 del Contrato de Concesión permite el otorgamiento de garantías siempre que los fondos del financiamiento se encuentren destinados al cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión sin indicar una oportunidad específica para tales efectos. Por ende, no es preciso indicar que la condición previa para el otorgamiento de garantías es que exista la necesidad de financiar determinadas inversiones, sino que el requisito es que las garantías sean destinadas a garantizar un financiamiento cuyos fondos cubran el Objeto del Contrato de Concesión, el mismo que abarca varias actividades. Así, el Concesionario puede financiar capital de trabajo necesario para operar adecuadamente o para realizar actividades de mantenimiento o conservación.
132. El Concesionario sostiene que la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de acreditar ante el Concedente que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras. Y, la cláusula 6.58 del Contrato de Concesión establece las condiciones que debe cumplir el Concesionario en la fecha de inicio de la construcción de las Obras de la Fase 2, incluyendo entre estas condiciones, la acreditación de fondos referida en la antes mencionada cláusula 6.34. Ninguna de esas cláusulas restringe la posibilidad de que el Concesionario pueda, de manera posterior, solicitar y obtener un EGP, siempre que cumpla con el Objeto del Contrato de Concesión.
133. Bajo una interpretación funcional, la finalidad de la cláusula 1.20.41 no es otra que permitir que el Concesionario obtenga los recursos necesarios para destinarlos al cumplimiento del objeto del contrato. Así, según DPWC, no debería interpretarse la cláusula 1.20.41 de forma tal que restrinja el derecho del Concesionario a acceder a un EGP de forma posterior a la acreditación de fondos. Corresponde permitir el reembolso de los recursos propios que el Concesionario destinó en forma transitoria para ir cumpliendo el objeto del Contrato de Concesión en tanto obtenía el EGP<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> El Concesionario plantea un ejemplo:

- a) La concesionaria A solicita a la constructora el inicio de las obras correspondientes a su contrato de concesión. La concesionaria A y la constructora A pactan que las obras serán pagadas a su finalización. La constructora A inicia los trabajos de construcción.
- b) La concesionaria B solicita a la constructora B el inicio de las obras correspondientes a su contrato de concesión. Para hacer frente a los gastos iniciales por la ejecución de tales obras, la concesionaria B utiliza recursos propios y paga a la constructora B un adelanto. La constructora B inicia trabajos de construcción.

134. El Concesionario alega que se debe cuestionar si la cláusula cumpliría su finalidad si se interpretara en un sentido u otro<sup>14</sup>, al respecto, DPWC es de la opinión que, en el presente caso, el reembolso debe ser factible para que continúe de forma regular con su objeto social, en beneficio del proyecto. DPWC señala que el Contrato de Concesión se ha celebrado con la finalidad de realizar Obras y prestar un servicio eficiente en provecho del bien común y de los usuarios. Tanto los recursos materia del reembolso, como el propio reembolso, cumplen con dicha finalidad. Por otro lado, señala que, otra pregunta que se debe hacer<sup>15</sup> es cómo se ajustaría la interpretación en determinado sentido al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato. Al respecto, DPWC sostiene que los recursos propios del Concesionario que fueron destinados al pago oportuno de las Obras y el reembolso mediante un EGP cumplen con el objetivo que persiguen las partes de realizar las Obras de una manera oportuna y al servicio de los usuarios.
135. Igualmente, el Concesionario indica que una interpretación restrictiva atentaría contra el principio de generación de confianza en el inversionista. Para ello, se basó en la cita de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2014-CD-OSITRAN que indica que “[l]os contratos de concesión 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”. También se refirió al Informe N° 016-12-GRE-GAL-OSITRAN mediante el cual Ositrán indica que, “lo recomendable es que se utilicen 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”. Al respecto, DPWC señala que en aras del interés público cubrió los costos con recursos propios bajo el entendido de que los mismos se reembolsarían mediante el EGP a fin de continuar con su objeto social.
136. Además, DPWC se refirió al principio de autonomía de la voluntad e indicó que, si bien las partes están obligadas a todo lo expresado en el contrato, ello no quiere decir que las partes estén prohibidas de realizar aquello que el contrato no prevé expresamente o que lo único que las partes pueden hacer para cumplir con el Objeto y las obligaciones del contrato sea aquello que expresa y textualmente está previsto en este. Por eso, según el Concesionario, nada impide que este opte por variar de fuente de recursos, ni le impide al Concedente aprobar un EGP para reembolsar recursos propios utilizados para el cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión, en tanto esta alternativa no se encuentra excluida por dicho contrato. Dado que no se trata de una facultad otorgada por normativa al Concedente, sino por el Contrato, este debe aprobarlo siempre que la solicitud no vulnere lo dispuesto en el mismo. Incluso si se tratara de una potestad administrativa, dado que debe actuar dirigido por el interés general, la opción propuesta por DPWC no lo afecta, sino que lo promueve.
137. Asimismo, DPWC señaló que, en virtud del principio de buena fe previsto en el artículo 168 del Código Civil y complementado con el artículo 1362 del mismo texto legal, la interpretación que indica que la cláusula 1.20.41 crea una temporalidad e impide la obtención de fondos a través de un EGP con posterioridad a la acreditación del cierre

---

Según el Concesionario, de adoptarse una interpretación restrictiva, ignorando la finalidad del EGP, sería factible solicitar la aprobación de un EGP para pagar la deuda a la constructora A en el Ejemplo A; no obstante, no se podría solicitar la aprobación de un EGP para reembolsar los recursos de la concesionaria B utilizados para pagar el adelanto a la constructora B en el Ejemplo B. DPWC considera que no hay una razón lógica para ello, dado que, en ambos casos, los recursos están siendo destinados a la misma finalidad.

<sup>14</sup> DPWC extrae esta reflexión de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2009-CD-OSITRAN, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1144-301-09-CS-OSITRAN, el mismo que desestimó la solicitud de interpretación de dicha entidad prestadora respecto a la cláusula 1.31 de su contrato de concesión.

<sup>15</sup> En este caso, DPWC también extrae esta reflexión de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2009-CD-OSITRAN.

financiero, no beneficia en modo alguno al Concedente ni al proyecto; por el contrario, solo perjudica al Concesionario limitándole sus derechos bajo el marco legal, atentando contra el principio de buena fe. Considerando que dicha interpretación afecta al Concesionario, según este, también se vulnera el principio *alterum non laedere* o deber de protección.

138. Por tales consideraciones, DPWC considera que cuando la cláusula 1.20.41 establece que los fondos “serán destinados” al Objeto del Contrato de Concesión, se plantea una finalidad para los fondos obtenidos mediante el EGP y no se establece una oportunidad para uso, por lo que puede solicitarse y obtenerse en cualquier momento durante el plazo de la Concesión en la medida que sean aplicados al Objeto del Contrato.
139. Finalmente, el informe legal de parte presentado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.210.2023 añade que la cláusula 10.6 no impone restricciones temporales, sino que establece que el EGP solo se podrá negar en caso se genere un perjuicio económico al Concedente. En ese sentido, según el mencionado informe, DPWC puede solicitar en cualquier momento la aprobación de un EGP.
140. Asimismo, el informe legal de parte mencionado en el párrafo precedente señala que el Contrato de Concesión no regula de manera explícita los alcances del financiamiento, no obstante ello, el Contrato de Concesión contempla dos reglas que permiten deducir sin duda alguna la posibilidad de que el EGP financie de manera directa o indirecta las actividades que conforman el Objeto del Contrato de Concesión:
- *“Primera regla: Desde una perspectiva literal y sistemática, si los fondos recibidos a causa de la Operación O son destinados (por DWP[C]) a la construcción, conservación y/o explotación del Nuevo Terminal, entonces dicha operación constituye un EGP. Asimismo, si los fondos recibidos a causa de la Operación O son destinados (por DWP[C]) al financiamiento del Nuevo Terminal, entonces dicha operación también constituye un EGP.*

*Ciertamente, es preciso determinar en qué consiste este último supuesto, cómo los fondos obtenidos pueden ser utilizados para el financiamiento del Nuevo Terminal.*

*Por definición, tiene que existir una diferencia entre (a) destinar los fondos a la construcción, la conservación y/o la explotación del Nuevo Terminal; y, (b) destinar los fondos al financiamiento del Nuevo Terminal. De lo contrario, el objeto del Contrato no contemplaría actividades perfectamente diferenciadas: (i) construcción, (ii) conservación, (iii) financiamiento y (iv) explotación del Nuevo Terminal”<sup>16</sup>.*

- *Segunda regla: En línea con la primera regla, desde una perspectiva literal, si los fondos recibidos a causa de la Operación O2 son destinados (por DWP[C]) al refinanciamiento de la Operación O1 (que sirve para financiar la construcción, conservación y/o explotación del Nuevo Terminal), entonces la Operación O2 constituye un EGP.*

<sup>16</sup> Para ello, el informe presentado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.210.2023 señala que entender este último supuesto supone considerar lo siguiente:

- Primero: en T+1 se realiza un *financiamiento* que podría calificar como EGP o el Concesionario opta por *usar recursos propios* sin existir EGP previo, siendo que en ambos casos los fondos son utilizados en la *construcción, la conservación y/o la explotación* del TMS.
- Segundo: en T+2 se realiza una *operación* que califica como EGP debido a que los fondos son utilizados en el *financiamiento* del Nuevo Terminal, lo que supone efectuar un prepago o realizar alguna otra operación similar de dicho *financiamiento* o implica un *reembolso* de los recursos utilizados por el Concesionario para el cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión.

*En consecuencia, de acuerdo con el Contrato, los fondos obtenidos por un EGP no tienen que ser utilizados directamente en la construcción, la conservación y/o la explotación del Nuevo Terminal”-.*

141. El informe legal de parte indica que el refinanciamiento supone reembolsar al acreedor financiero los fondos entregados previamente para la construcción, conservación y/o explotación del TMS. En consecuencia, el Contrato de Concesión permite de manera explícita que un préstamo o una emisión de valores tenga la condición de EGP a pesar de que los fondos obtenidos no sean empleados directamente en la construcción, conservación y/o explotación del TMS. Así, la única condición sustancial que el Contrato de Concesión impone es la siguiente: que los fondos en cuestión se utilicen para reembolsar desembolsos que, en su momento, sirvieron para realizar la construcción, conservación y/o explotación del TMS.
142. De acuerdo con el informe presentado por DPWC, el Contrato de Concesión no solamente no exige que el financiamiento que califica como EGP se realice en determinada oportunidad específica (p.e. antes de la realización de la actividad de *construcción* del Nuevo Terminal) sino que permite de manera expresa que el concepto antes indicado (EGP) *resulte aplicable* a una operación de financiamiento vinculada a la realización de actividades (comprendidas en el Objeto del Contrato de Concesión) pasadas.
143. Asimismo, la lógica de permitir que los fondos provenientes de un EGP se utilicen para reembolsar el financiamiento de las Obras objeto del Contrato de Concesión con recursos de terceros (Acreedores Permitidos) es perfectamente aplicable al caso del financiamiento de las obras en cuestión con recursos propios (DPWC). Ello, debido (i) a que el Contrato no establece límite temporal alguno para incurrir en un EGP y (ii) a que el requisito sustancial para el reconocimiento de un EGP es el empleo de fondos para el cumplimiento del Objeto del Contrato. En tal sentido, resulta contractualmente posible que DPWC asuma un EGP cuyos fondos se utilicen para reembolsar los recursos propios empleados en el avance de las Obras o, en otras palabras, en el cumplimiento del Objeto del Contrato.
144. Así, bajo el Contrato de Concesión es posible “reembolsar” los recursos propios empleados por DPWC mediante un EGP debido a que el Concesionario racionalmente debe poder asumir un EGP ex ante o ex post en función de las condiciones de mercado, sea que las actividades objeto del Contrato hayan sido o no ejecutadas. Justamente, la inclusión del refinanciamiento en la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión obedece a la idea de permitir que el “Concesionario” (i) reperfile el EGP; (ii) acceda a tasas más bajas, y (iii) no pierda el beneficio consistente en poder otorgar garantías.
145. Además, según el informe antes mencionado presentado por DPWC, se debe tener en cuenta que el Concedente no sufre perjuicio alguno en caso de que el EGP sirva para reembolsar los fondos propios de DPWC. Por consiguiente, el Concedente carece de legitimidad para optar por una interpretación que restrinja la posibilidad de asumir un EGP para distribuir ex post (vía “reembolso”) el riesgo de financiamiento de la Concesión.
146. De esa manera, el “serán destinados” de la cláusula 1.20.41 implica una *imperatividad* (debe ser) y no una temporalidad.
147. De otro lado, DPWC considera importante que se evalúe el pronunciamiento emitido en el Laudo Arbitral correspondiente al Caso Arbitral N° 0595-2018-CC, en el que, según DPWC, el Tribunal Arbitral reconoció el reembolso de obras ya ejecutadas aplicando los términos de un EGP.
148. Por otro lado, mediante la Carta DALC.DPWC.039.2024 recibida el 19 de febrero de 2024, el Concesionario manifestó que el EGP que constituye el supuesto de hecho objeto de la interpretación no está destinado a renovar o refinanciar una deuda anterior que fue o no calificada como EGP. DPWC señala que el EGP serviría para financiar de forma directa el reembolso de recursos propios usados por el Concesionario para las Obras (lo que no es

una deuda, sino que fueron recursos propios del Concesionario), los cuales serán destinados a continuar con el objeto social del Concesionario que son las actividades del Concesionario (incluyendo mantenimiento, conservación, etc.).

149. Posteriormente, mediante la Carta DALC.DPWC.068.2024 el Concesionario se pronunció respecto al Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02 elaborado por el MTC, en el siguiente sentido:

- Reiteró que la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión no regula los métodos de financiamiento, sino que únicamente regula la forma de acreditar recursos para poder iniciar las Obras de la Fase 2. Señaló que interpretar lo contrario, implicaría que el Concesionario no hubiese podido financiarse con el constructor de las Obras bajo un contrato de construcción a través de pagos diferidos, debido a que esa modalidad no está contemplada expresamente en las opciones de acreditación de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión.
- Indicó que el tratamiento de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión es independiente de lo establecido en las cláusulas 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión, de lo contrario, este hubiese indicado expresamente que estas últimas están limitadas y circunscritas a lo establecido en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión.
- Enfatizó que el uso de recursos propios no puede equipararse con un financiamiento toda vez que su uso no es una deuda con terceros que se estaría refinanciando, y el EGP "*materia de la solicitud*" está destinado a reembolsar los recursos al Concesionario para que este cumpla con el Objeto del Contrato de Concesión.
- La referencia a "renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento" de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión parte de la premisa de que se haya incurrido en endeudamiento con terceros; ello, considerando que en dicha definición se describen diversas modalidades de financiamiento que son incurridas con terceros, no haciéndose referencia a recursos propios. Esto sería concordante con el numeral 8.2 de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF, el cual señala que "*el cierre financiero puede acreditarse mediante contratos de financiamiento o con recursos propios*", haciendo una distinción entre ellos.
- Asimismo, dicha diferencia tiene un sustento económico y contable, una deuda con tercero genera un crédito a ser pagado a dicho tercero, si el deudor incurriera en una nueva deuda para pagar dicho crédito, estaría refinanciando la deuda original. Según el glosario de términos económicos del Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, BCRP), una refinanciación es "*una transacción financiera en la cual se solicita al acreedor un nuevo préstamo para cancelar una deuda contraída anteriormente, pudiendo incluir montos cuya fecha de pago no ha vencido*". Es decir, un refinanciamiento – incluyendo el contemplado en la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión – parte de la premisa de que exista deuda con terceros incurrida previamente. El uso de recursos propios no ha sido registrado contablemente con deuda.
- Añadió que no reconocer el derecho de los concesionarios de obtener un EGP en base a lo dispuesto en su Contrato de Concesión, a pesar de que sea la interpretación más favorable para el proyecto, generará un desincentivo a la inversión en proyectos de infraestructura, asimismo, desincentivará el uso de recursos propios que ayuden a avanzar en el proyecto. En ese sentido, la interpretación debe realizarse al amparo del principio de Enfoque de Resultados previsto en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N° 1362.
- Refirió el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1746-522-14-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN, a través de los cuales el Ositrán aprobó la opinión técnica respecto del EGP de la empresa concesionaria GYM Ferrovías S.A. bajo el

Contrato de Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1. El Concesionario apuntó que el Informe N° 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN mencionó que solo podía negarse el EGP basándose en el perjuicio económico al Concedente. Para ello se analizó dos aspectos: (i) posibles pagos adicionales que el Concedente deba efectuar por el incumplimiento de las obligaciones financieras garantizadas del Concesionario o pagos adicionales a los señalados en el Contrato de Concesión, y (ii) un análisis de posibles escenarios en los que la deuda existente o la deuda a aprobación pueda gatillar un escenario de *default*. Ambos aspectos se cumplen en el caso de DPWC, dado que el EGP “*materia de la solicitud*” no genera pagos adicionales al Concedente de los ya contemplados en el Contrato de Concesión.

150. Asimismo, por intermedio de la referida Carta DALC.DPWC.068.2024, el Concesionario explicó las razones por las que utilizó recursos propios para financiar las Obras de la Fase 2. Al respecto, recordó que la acreditación de recursos para el inicio de dichas obras se efectuó el 28 de mayo de 2021 conforme al Oficio N° 2679-2021-MTC/19, considerando el préstamo entre vinculadas presentado al MTC, donde expresamente se indicaba que el mismo iba a ser reemplazado por un financiamiento bancario, es decir EGP. Señaló que no se requirió un EGP desde el inicio porque, dada la pandemia de la Covid-19, las condiciones de mercado no eran las más adecuadas por lo que, durante los años 2020 y 2021, DPWC estuvo buscando financiamiento y negociando con diversos bancos. Es así que su solicitud de EGP fue presentada a Ositrán el 16 de mayo de 2022. Manifestó que, a la fecha, no ha podido culminar con el EGP por los hechos que han generado este procedimiento de interpretación, siendo que han pasado casi dos años desde su solicitud.
151. Finalmente, en la Carta DALC.DPWC.099.2024, DPWC hizo énfasis en el argumento previamente mencionado referido a que el uso de recursos propios no equivale a un financiamiento, más bien, un financiamiento para efectos de un EGP debe entenderse como aquel que generó una deuda, no estando el uso de recursos propios dentro de tal alcance. Para ello, planteó la siguiente justificación:
- De acuerdo con una interpretación sistemática de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión, en este se hace expresa mención a la existencia de un endeudamiento por operaciones de financiamiento, el cual genera deuda frente a Acreedores Permitidos; es decir, la propia definición de EGP reconoce que se genera una deuda en una operación de financiamiento. Por ende, el concepto de financiamiento bajo el Contrato de Concesión no alcanza al uso de recursos propios que es un mero uso de caja del Concesionario sin recurrir a terceros.
  - De acuerdo con una interpretación integral o funcional, la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión tiene por finalidad asegurar que las Obras Obligatorias de la Fase 2 tendrán un recurso cierto y comprometido para el inicio de la construcción, su propósito no es definir cuáles son los métodos de financiamiento. De esa manera, cumple su propósito en el momento en que el Concedente ha comprobado que existen fondos comprometidos suficientes para iniciar la construcción de las Obras y no puede ser usada para definir un concepto de financiamiento que está desarrollado en otras secciones del Contrato de Concesión y que es aplicable a toda la vigencia de este.
  - De acuerdo con los principios de buena fe y *alterum non laedere*; una interpretación que caracterice el uso de recursos propios como un financiamiento que no podría ser objeto de EGP no beneficia en modo alguno al Concedente ni al Proyecto; sino que únicamente limita los derechos de DPWC, lo cual atenta contra el principio de buena fe.

El sentido usual y ordinario de una persona diligente respecto al concepto de “financiamiento” es la usada por el BCRP donde se entiende que, para refinanciar

un financiamiento, se parte de la premisa de que se ha generado una deuda con dicho financiamiento, lo cual no ocurre con el uso de recursos propios.

Finalmente, una interpretación que únicamente considere la cláusula 6.34 para definir el concepto de financiamiento bajo el Contrato de Concesión infringe el deber de protección contractual al que tiene derecho el Concesionario pues, lejos de generar un beneficio al Proyecto y/o al Concedente, únicamente perjudica al Concesionario.

### **Respecto a la lectura de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión**

152. El Concesionario alega que las cláusulas contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión deben incluirse en los contratos celebrados por el Concesionario con sus socios estratégicos, cesionarios o adquirentes de la Concesión, o con el personal del Concesionario, supuestos que han sido regulados conceptualmente en la Sección XIII, mas no en los contratos de EGP con Acreedores Permitidos que gozan de ciertos derechos particulares bajo el Contrato de Concesión y que están regulados en las cláusulas 10.5 y 10.6, por resultar incompatibles con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario.
153. DPWC sostiene su posición señalando que, al no estar definido el término tercero, podría parecer que la cláusula 13.4 aplica a todos los contratos que celebre el Concesionario con cualquier tercero, sin embargo, basarnos únicamente en esta forma de interpretación no es suficiente puesto que deja márgenes de oscuridad y ambigüedad.
154. Bajo una interpretación sistemática, a juicio del Concesionario, cuando la cláusula 13.4 hace referencia a los socios, terceros y personal del Concesionario, se refiere a las relaciones contractuales desarrolladas en las cláusulas 13.1, 13.2 (relación con el socio estratégico), 13.3 (relación con terceros cesionarios o adquirentes de la Concesión), 13.5 a 13.10 (relación con el personal). En ese sentido, la cláusula 13.4 no se refiere a terceros distintos que tienen derechos particulares bajo el Contrato de Concesión como lo son los Acreedores Permitidos. Es decir, no corresponde que dichas cláusulas sean incluidas en los contratos de financiamiento del EGP ya que los Acreedores Permitidos no están incluidos en ninguno de los supuestos previamente indicados.
155. Al respecto, manifiesta que la interpretación realizada a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2021-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 00087-2021-IC-OSITRAN, tomó en cuenta el método sistemático para concluir que los contratos del financiamiento y sus garantías pueden tener un plazo mayor al contrato de concesión dado el tratamiento específico que se da a los Acreedores Permitidos, prevaleciendo este método sobre el literal.
156. Respecto de la interpretación funcional, el Concesionario señala que las relaciones con el socio estratégico, con terceros cesionarios o adquirentes de la Concesión y con su personal son accesorias a la Concesión; en línea con ello, considera que si la intención de las partes hubiera sido que la aplicación de la cláusula se extendiera a todos los contratos no hubiera mencionado a los “socios, terceros y personal” en la denominación de la cláusula y tampoco la hubiera ubicado en la sección XII del Contrato de Concesión.
157. De igual forma, la cláusula 10.6 prevé expresamente la posibilidad de que los contratos suscritos entre el Concesionario y los Acreedores Permitidos como parte del EGP subsistan al plazo del Contrato de Concesión, toda vez que menciona el derecho del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario en estos contratos en caso de caducidad del Contrato de Concesión.
158. En adición a ello, el Concesionario manifiesta que la cláusula 10.6 prevé expresamente la posibilidad de que los contratos suscritos con los Acreedores Permitidos subsistan al plazo del Contrato de Concesión en tanto el Concedente puede asumir la posición contractual

del Concesionario, en cuyo caso el Concedente debe cancelar el saldo pendiente del EGP bajo los términos y condiciones de los contratos cedidos, acorde con la cláusula 15.17<sup>17</sup> del Contrato de Concesión; por ese motivo, el Concesionario considera que, bajo una interpretación funcional, la cláusula 13.4 no debe ser aplicable a los contratos con los Acreedores Permitidos con la finalidad de hacer efectivo el derecho del Concedente de asumir su posición contractual. Al respecto, el Concesionario agrega que la interpretación se debe inclinar hacia el sentido que mantiene los efectos de las cláusulas contractuales, acorde con el principio de conservación del acto y tal como se señaló en la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2009-CD-OSITRAN y en el Informe N° 023-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN; por tanto, considera que exigir que los pactos contenidos en los literales a) y b) de la cláusula 13.4 se incluyan en los contratos con los Acreedores Permitidos resulta incompatible con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes para asumir la posición contractual del Concesionario.

159. Asimismo, DPWC señala que, en virtud del principio de conservación del acto jurídico, el contrato debe ser interpretado de manera tal que las cláusulas contractuales tengan efectos. Por tanto, la cláusula 13.4 debe ser interpretada sistemáticamente y de buena fe con el resto de las disposiciones del Contrato de Concesión, incluyendo las cláusulas 10.6 y 15.17 que se incluyeron sobre la base de que los contratos de financiamiento del EGP sobrevivirían a la terminación del Contrato de Concesión.
160. Por tanto, DPWC plantea que la cláusula 13.4 debe interpretarse en el sentido de que en los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos no se requiere la inclusión de los pactos contemplados en los literales a) y b) de dicha cláusula, por resultar incompatibles con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario.
161. Finalmente, de acuerdo con el informe presentado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.210.2023, la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión no hace referencia a los Acreedores Permitidos, ello, a pesar de que dicho término se encuentra definido en el Contrato de Concesión. Así, cualquier referencia a dichos acreedores debe ser efectuada usando el término en cuestión, de lo contrario, toda la lógica de utilizar términos definidos se torna inútil y contraproducente.
162. Además, según el mencionado informe presentado por DPWC, en tanto un EGP no es, empero, un contrato accesorio al Contrato de Concesión, por definición, un EGP debe subsistir mientras no exista repago del íntegro del capital y de los intereses, al margen de lo que ocurra con las garantías. Asimismo, la caducidad de la Concesión puede, eventualmente, afectar las Garantías, así, la desaparición de éstas no generará la extinción de la deuda (sea monetaria o no). Las garantías son accesorias a la deuda, mas no al revés. Por dichas razones, el literal a) de la cláusula 13.4 es legalmente inaplicable a un EGP.

---

<sup>17</sup> "LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

#### PROCEDIMIENTO GENERAL DE LIQUIDACIÓN

*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 tal posición, el CONCEDENTE cancelará a los Acreedores Permitidos el saldo del Endeudamiento Garantizado Permitido bajo los mismos términos y condiciones de los contratos cedidos".*

163. Dicho informe concluye indicando que los literales b) y c) de la cláusula 13.4 son legalmente inaplicables a un EGP pues el Concesionario sostiene que un EGP debe subsistir mientras el plazo de vigencia de un financiamiento no tiene relación alguna con el plazo de vigencia de la Concesión, y, porque el acreedor financiero no puede renunciar a acciones de responsabilidad contra el Concedente o el Regulador debido a que, bajo ley peruana, no tiene acción alguna contra ellos.

### III.5.2. Posición del MTC y la APN

#### **Respecto a la lectura de las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión**

##### ***Posición del MTC***

164. Según el MTC, la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión se interpreta en el sentido que establece una obligación para un momento concreto, es decir, no se establece la obligación de mantener durante un periodo concreto un plan de financiamiento. En ese sentido, es válido considerar que la acreditación se da en un momento puntual, ya que sin contar con esta no se podría iniciar la ejecución de las Obras.
165. Asimismo, indica que, si bien el Contrato de Concesión no incluye un procedimiento para el cambio de modalidad de financiamiento, se debe tener en cuenta que el Concesionario de facto, ha realizado dicho cambio. Es decir, el Concesionario acreditó sus fondos a través de un préstamo con una Empresa Vinculada, es decir, utilizó plan de financiamiento regulado en el numeral (ii) de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión. Sin embargo, según lo declarado por el Concesionario, este de manera unilateral varió su financiamiento, y se ha financiado a través de recursos propios.
166. En ese sentido, si bien no está regulado en el Contrato de Concesión el procedimiento para un cambio o modificación del tipo de financiamiento acreditado a través de la cláusula 6.34, tampoco se identifica alguna limitante para que el Concesionario pueda variar su plan de financiamiento una vez ha sido acreditado. Esto es debido a que el Contrato de Concesión únicamente regula la acreditación de un plan de financiamiento (momento concreto) más no la obligación de mantener un plan en el tiempo.
167. Es decir, si el Contrato de Concesión no restringe la posibilidad que tiene el Concesionario de financiarse primero con un préstamo a una Empresa Vinculada para después cambiar al financiamiento mediante recursos propios, no se identifica una limitante por la cual debe negarse o limitarse el cambio hacia a otro tipo de financiamiento. En otras palabras, si puede cambiar del numeral (ii) de la cláusula 6.34 (contrato de financiamiento con terceros que no sean Acreedores Permitidos) al numeral (iii) de la misma cláusula (aumento de capital social - recursos propios) o al numeral (iv) (utilidades no distribuidas - recursos propios), no se observa una limitante para financiarse con el numeral (i) (financiamiento con Acreedores Permitidos) siempre y cuando se cumpla con el procedimiento para acogerse a un EGP establecido en la cláusula 10.6. Dicho escenario es planteado dado que el Concesionario, de facto, dentro de su esfera de acción, ha variado su plan de financiamiento, sin que exista ningún mecanismo que le obligue a solicitar dicho cambio o alguna restricción. Es necesario precisar que, bajo el análisis del presente caso, el MTC no ha identificado en el Contrato de Concesión ninguna limitante.
168. Además, el MTC indica que lo señalado en el párrafo previo, no limita a que, en caso el Regulador dentro de su función supervisora, fiscalizadora o sancionadora identifique algún incumplimiento respecto al proceder que ha ejercido el Concesionario respecto al cambio en la modalidad de financiamiento, o que una vez acreditado un plan de financiamiento este no pudiese ser modificado, entonces se consideraría que una vez acreditado el financiamiento no sería posible optar por un EGP.
169. A juicio del MTC, otra limitante que podría identificarse es que los términos de “acreditar (...) que cuenta con los fondos necesarios” se interpretase en los mismos términos que

“financiamiento”. En el supuesto de que ambos conceptos fueran iguales, se daría la condición de que el Concesionario ya se habría financiado, por lo que no es posible otorgar un EGP para un refinanciamiento si es que este no fue EGP. Sin embargo, el MTC no ha identificado razones por las cuales establecer que ambos conceptos son iguales o equivalentes.

170. Dado que la cláusula 6.34 establece la obligación de acreditar un plan de financiamiento para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, si bien el MTC no identifica restricciones para variar dicho plan de financiamiento, dicha Entidad alega que se puede interpretar que el Concesionario debe contar con los fondos suficientes para el Calendario de Ejecución de Obras de manera continua, no únicamente en el momento de la acreditación de fondos. En ese sentido, se entiende que al momento de inicio de la ejecución de la Obra el Concesionario contaba con unos “fondos necesarios” para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras.
171. En consecuencia, según desarrolla el MTC, se podrían plantear lecturas respecto al término “financiamiento” que figura en el Objeto de la Concesión:
- Si el término “financiamiento” hace referencia a los desembolsos que se realizan para el cumplimiento del Objeto de la Concesión, entonces los montos no desembolsados para el financiamiento del Calendario de Ejecución de Obras no serían considerados financiamiento. En ese sentido, dado que estos montos no desembolsados no serían considerados financiamiento, entonces el Concesionario podría optar a un EGP.
  - Por otro lado, si el término “financiamiento” hace referencia no solo a los desembolsos realizados sino también a la disponibilidad de recursos o a la asignación de recursos para el cumplimiento del Objeto, los recursos reservados o destinados al Calendario de Ejecución de Obras (montos no desembolsados reservados para el cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión) serían considerados financiamiento. En caso estos recursos o disponibilidad total de fondos para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras fuesen considerados financiamiento, no sería posible solicitar un EGP para refinar dichos recursos, dado que estos no fueron calificados inicialmente como EGP. En este segundo caso, podría variar el concesionario su financiamiento, mas no podría solicitar un EGP dado que este únicamente puede financiar un EGP previo.
172. Según el MTC, si bien esta última lectura de considerar el término “financiamiento” como la disponibilidad de los recursos íntegros restringiría la opción del Concesionario a solicitar un EGP, y si bien la definición amplia académica o lingüística del término financiamiento se ajusta a esta lectura, bajo el Contrato de Concesión, no ha identificado regulación alguna que defina dicho concepto de manera limitativa para el Concesionario. Asimismo, el MTC precisó que las posibles lecturas del término “financiamiento”, que buscan determinar si la acreditación de fondos se considera financiamiento o no, no varían el hecho de que el Concesionario ya se financió con recursos propios.
173. Respecto a las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión, el MTC no ha identificado limitaciones respecto a la oportunidad específica para el otorgamiento de garantías vinculada con la ejecución de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión; en ese sentido, esta última no limita la aplicación de la cláusula 10.5 del Contrato de Concesión. No obstante, el MTC ha identificado que en caso el término “financiamiento” no solo corresponda a los desembolsos realizados sino también a la disponibilidad de recursos, en ese caso, no resultaría aplicable la cláusula 10.5 para realizar un refinanciamiento.
174. En este punto, para el MTC es importante señalar que el mecanismo de acreditación de fondos de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión busca mitigar el riesgo que el Concesionario no cuente con la capacidad financiera para hacer frente al cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, lo cual, en el caso concreto, se ha cumplido

oportunamente a través de la presentación de un plan de financiamiento aprobado a través del Oficio N° 2679-2021-MTC/19.

175. Por otro lado, el MTC recuerda que el riesgo de financiamiento de la Concesión se encuentra asignado al Concesionario, lo cual conlleva implícitamente a que el mismo cuente con los mecanismos para la gestión de este riesgo dentro del marco legal y las restricciones que contemple el Contrato de Concesión.
176. En ese sentido, a juicio del MTC, el Contrato de Concesión no ha establecido restricción alguna al Concesionario para poder acceder a una determinada fuente de financiamiento, siendo su potestad buscar la que este determine.
177. En conclusión, el MTC no ha identificado limitaciones respecto a la 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. No obstante, ha identificado que en caso el término “financiamiento” corresponda no solo a los desembolsos realizados sino también a la disponibilidad de recursos, en ese caso, no resultaría aplicable la cláusula 10.5 para realizar un refinanciamiento.
178. Así también, respecto a lo señalado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.210.2023 en el sentido de que *“para que exista “financiamiento” a favor del “Concesionario”, es absolutamente indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor del “Concesionario” bajo obligación de repago*”, mediante el Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, el MTC indicó que dicha afirmación no es correcta, dado que, en el marco del Contrato de Concesión, los métodos de financiamiento están descritos en la cláusula 6.34, como se ha señalado previamente. Por lo tanto, en el marco del presente Contrato de Concesión, para que exista un financiamiento no es indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor del Concesionario bajo obligación de repago.
179. En ese sentido, el MTC indicó que, de la documentación adicional aportada por el Concesionario, no se encuentran aspectos que modifiquen o expresen alguna discrepancia con lo expuesto por el Concedente en el Informe N° 1673-2023-MTC/19.02.
180. Mediante el Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, el MTC indicó que lo indicado en la Carta DALC.DPWC.278.2023, en lo referido al Informe N° 1673-MTC/19.02, se precisa que, según lo desarrollado en el mismo, el Concesionario utilizó recursos propios para solventar los costos de construcción; es decir, cumplió la acción de financiamiento a través del uso de recursos propios para cumplir con el Objeto de la Concesión. En ese sentido, no es posible refinanciar a través de un EGP dicha operación. Las posibles lecturas que se exponen en el referido informe respecto del término “financiamiento” hacen referencia a si la acreditación de fondos en sí se debería considerar como financiamiento o no; sin embargo, las dos lecturas de dicho término no varían el hecho de que el Concesionario ya se financió a través de recursos propios.
181. Asimismo, frente a lo indicado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.278.2023, el MTC señaló que los métodos de financiamiento están descritos en el Contrato de Concesión en la cláusula 6.34: (i) EGP, (ii) préstamo de vinculadas, (iii) aumento de capital y (iv) recursos propios. Es decir, a pesar de haber acreditado el plan de financiamiento a través del préstamo de una vinculada, el Concesionario se financió a través de recursos propios, dado que este modo de financiamiento es una de las modalidades de financiamiento reguladas en el Contrato que el Concesionario dispone para financiarse.

### **Posición de la APN**

182. Con relación a las cláusulas 6.34 y 10.5, la APN estima prudente diferenciar entre una “acreditación de fondos” del “financiamiento que le pueda corresponder”. De esta manera, estima válido que, en un principio, se pueda acreditar que se cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, bien sea a través

de financiamiento propio o con endeudamiento (garantizados o no), o con ambos; sin perjuicio que, con posterioridad, dicho financiamiento pueda variar a uno con garantías del Estado peruano.

183. Al respecto, la APN indica que comprende que el Contrato de Concesión no restringe la posibilidad de que luego de haberse acreditado los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, el Concesionario pueda solicitar un EGP para el mismo propósito. Negar dicha posibilidad implicaría, a su vez, negar la posibilidad que el Concesionario evalúe constantemente su costo de oportunidad, así como la posibilidad que este pueda acceder a tasas menores, en el hipotético caso que haya optado por préstamos no garantizados por el Estado peruano.
184. Así, independientemente de la estructura financiera por la que se opte inicialmente o las variaciones que éste pueda contener, a juicio de la APN, el contrato sí obliga al Concesionario a mantener la acreditación de fondos para el cumplimiento del Calendario de Ejecución.
185. La APN opinó que, según la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión, el EGP consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero tomados en préstamo de cualquier Acreedor Permitido. En este caso, se considera la existencia previa del Acreedor Permitido como fuente de financiamiento del EGP y no los recursos de terceros que no tendrían la calificación de Acreedor Permitido.
186. De otro lado, respecto a la Carta DALC.DPWC.278.2023 presentada por DPWC, la APN señaló que los pronunciamientos citados en dicha carta resultan ajenos a cualquier evaluación técnica efectuada por la APN, motivo por el cual consideraron pertinente no emitir pronunciamiento al respecto.

### **Respecto a la lectura de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión**

#### ***Posición del MTC***

187. Según el MTC, la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión contempla la posibilidad de refinanciamiento o renovación de los EGP ya existentes, por lo que no es posible refinanciar otro tipo de deuda a través de un EGP, en ese sentido, no es posible otorgar EGP para financiar desembolsos ya realizados.
188. El MTC advierte que la definición de la cláusula 1.20.41. referida al EGP contempla que este será destinado al cumplimiento del Objeto de la Concesión y este a su vez, contempla el financiamiento del proyecto.
189. Sin embargo, a juicio del MTC, DPWC no busca conseguir un financiamiento – es decir, lo planteado no cumple con el Objeto de la Concesión –, sino que busca lograr mejoras financieras haciendo uso posterior de un mecanismo contractual como el EGP. No obstante, el Contrato de Concesión solo contempla realizar el financiamiento de operaciones que previamente hayan pasado por el proceso de aprobación de EGP.
190. Así, el MTC menciona que, según lo señalado en la cláusula 2.4, el Objeto del Contrato de Concesión no incluye el reembolso de gastos tal y como interpreta el Concesionario. Para cumplir con el Objeto del Contrato, el Concesionario debería destinar los fondos al pago directo, como por ejemplo de la construcción, conservación o explotación. Es decir, sí existe un componente de uso futuro de los fondos en el término “serán destinados”, lo cual adicionalmente se sustenta en la imposibilidad de reembolsar o refinanciar gastos.
191. Según el MTC, tal y como declara el Concesionario, puede observarse que este ha utilizado “recursos propios” para financiar las Obras de la Fase 2 y su intención es reembolsar sus recursos para así “restablecer su posición financiera”. Además, el

Concesionario utilizó recursos propios para solventar los costos de construcción, es decir, cumplió la acción de financiamiento a través del uso de recursos propios para cumplir con el Objeto de la Concesión. De esa manera, la solicitud del Concesionario, a través del requerimiento de autorización de EGP, no se adecúa a lo estipulado en el Contrato de Concesión dado que los fondos no se destinarían al cumplimiento del objeto de la Concesión (referido al financiamiento), pues su solicitud tiene como finalidad el refinanciar una operación de financiamiento efectuada con recursos propios.

192. El MTC añade que, tal y como señala la cláusula 1.20.41, un EGP únicamente puede refinanciar otro EGP aprobado con anterioridad, mas no es posible refinanciar operaciones distintas de financiamiento, como el uso de recursos propios o deuda de terceros, entre otros. Por lo tanto, la interpretación de “serán destinados” con carácter futuro se sustenta también en la lógica contractual de que únicamente pueden hacerse pagos a futuro ya que los pagos destinados a “reembolsos” u otros términos tales como “refinanciamiento” no corresponden con el Objeto del Contrato de Concesión.
193. De esa forma, una vez que se realizan desembolsos para cumplir con el Objeto de la Concesión, si estos han sido financiados con planes de financiamiento distintos a EGP, no pueden ser financiados a través de un EGP.
194. Asimismo, el MTC recalcó que el Concesionario pretende utilizar el mecanismo de EGP para reembolsar sus recursos y así reestablecer su posición financiera. Al respecto, la cláusula 6.34 del contrato de Concesión establece los métodos de financiamiento, entre los cuales se encuentran el EGP, el préstamo de vinculadas, el aumento de capital y los recursos propios. En este caso, según el MTC, pese a que DPWC acreditó el plan de financiamiento a través del préstamo de una vinculada, se financió a través de recursos propios, siendo este un método de financiamiento regulado en el Contrato de Concesión, por lo que DPWC ya cumplió la acción de financiamiento para solventar los costos de construcción.
195. En la misma línea, con relación a lo indicado por DPWC mediante la Carta DALC.DPWC.278.2023, a través del Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, el MTC señaló que cuando el Concesionario utilizó recursos propios para solventar los costos de construcción cumplió una acción de financiamiento a través de, justamente, el uso de recursos propios, ello, para cumplir con el Objeto de la Concesión. En ese sentido, según el MTC, no es posible refinanciar dicha operación a través de un EGP. Asimismo, a través del referido Oficio N° 3580-2023-MTC/19.02, el MTC indicó que las posibles lecturas del término “financiamiento” que expuso en el Informe N° 1673-MTC/19.02 no varían el hecho de que el Concesionario ya se financió a través de recursos propios.
196. En efecto, los métodos de financiamiento están descritos en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión: (i) EGP, (ii) préstamo de vinculadas, (iii) aumento de capital y (iv) recursos propios. Es decir, dado que el uso de recursos propios es una de las modalidades de financiamiento reguladas en el Contrato de Concesión, a pesar de haber acreditado el plan de financiamiento a través del préstamo de una vinculada, el Concesionario se financió a través de recursos propios.
197. En ese sentido, el MTC indicó que, de la documentación adicional aportada por el Concesionario no se encuentran aspectos que modifiquen o expresen alguna discrepancia con lo expuesto por el Concedente en el Informe N° 1673-2023-MTC/19.02.
198. En conclusión, en opinión del MTC, los fondos obtenidos a través de un EGP deben ser destinados para financiar el Objeto del Contrato de Concesión, con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento, salvo se trate de EGP contraídos con anterioridad. Adicionalmente, no es aplicable un refinanciamiento de los gastos desembolsados dado que, el “reembolso de los recursos propios” conllevaría a un refinanciamiento del financiamiento inicial el cual ya fue destinado al cumplimiento del Objeto de la Concesión.

### **Posición de la APN**

199. Con relación a la cláusula 1.20.41, la APN indica que un EGP consiste en el endeudamiento por operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero tomado en préstamo de cualquier Acreedor Permitido; premisa que implica comprender únicamente casos con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento por la ausencia, ex ante de la operación de EGP, de calificación de Acreedor Permitido. De esa manera, se mantiene coherencia con lo indicado en la parte *in fine* del primer párrafo de la misma cláusula, que habilita incluir en el EGP cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento; vale decir, un EGP previo.
200. De otro lado, respecto a la Carta DALC.DPWC.278.2023 presentada por DPWC, la APN señaló que los pronunciamientos citados en dicha carta resultan ajenos a cualquier evaluación técnica efectuada por la APN, motivo por el cual consideraron pertinente no emitir pronunciamiento al respecto.
201. A propósito del pedido de aclaración efectuado por el Ositrán mediante el Oficio N° 00063-2024-PD-OSITRAN, mediante el Oficio N° 0277-2024-APN-GG, la APN indicó que el EGP comprende únicamente objetos de financiamiento con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento.
202. La APN opinó que, según la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión, el EGP consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero tomados en préstamo de cualquier Acreedor Permitido. En este caso, se considera la existencia previa del Acreedor Permitido como fuente de financiamiento del EGP y no los recursos propios del Concesionario o de terceros que no tendrían la calificación de Acreedor Permitido.
203. En ese sentido, manifestaron que lo indicado por el Concesionario no se condice con su opinión respecto del objeto de un EGP.
204. En consecuencia, en opinión de la APN, el EGP no podrá autorizarse para reembolsos de gastos de la Fase 2 (Obras Obligatorias e Inversiones Adicionales), siendo que una lectura distinta no se ajusta al Contrato de Concesión, por cuanto los gastos ya han sido ejecutados y porque éstos no se han producido con posterioridad a la aprobación del EGP.

### **Respecto a la lectura de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión**

#### **Posición del MTC**

205. El MTC sostiene que la cláusula 13.4 contiene una regla general que obliga al Concesionario a consignar determinados pactos en los contratos a ser suscritos con terceros; sin embargo, en la cláusula 15.11 existe una regulación específica que permite al Concedente asumir la posición contractual con el Concesionario en los contratos que este último haya celebrado con los acreedores permitidos ante un escenario de caducidad, lo cual lleva implícita la posibilidad de que un contrato del EGP subsista a la caducidad.
206. Así, el MTC considera que el Contrato de Concesión puede interpretarse en el sentido que por encima de la regulación general prevalece la regulación específica, resultando razonable y viable una lectura que contenga una excepción a la aplicación de la cláusula 13.4 respecto a la resolución por caducidad de la Concesión y a la limitación del plazo de vigencia, siempre y cuando el Concedente ejerza la prerrogativa de exigir al Concesionario que se establezca su derecho de asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad.

#### **Posición de la APN**

207. La APN manifiesta que el último párrafo de la cláusula 10.6 del Contrato de Concesión implica, para el caso del EGP, la imposibilidad de incluir los literales a) y b) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión en los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos, toda vez que, según el literal b) de la cláusula 10.10 del Contrato de Concesión, ante la imposibilidad de remediar una causal de resolución del Contrato de Concesión, el Concedente podrá ejercer su derecho a resolverlo, asumiendo las obligaciones frente a los Acreedores Permitidos.
208. En ese contexto, la APN refiere que el último párrafo de la cláusula 15.11 del Contrato de Concesión cobra relevancia pues, ante un escenario de caducidad, el Concedente reconocería los derechos que correspondan los Acreedores Permitidos, lo cual resultaría incompatible con la restricción de la vigencia de los contratos de financiamiento a la vigencia del Contrato de Concesión.

### III.6. Consultas formuladas a Proinversión

209. En el marco del procedimiento de interpretación, y en aplicación del mecanismo de colaboración entre entidades administrativas previsto en el TUO de la LPAG, se formularon algunas consultas jurídicas a Proinversión.

#### Oficio N° 24-2023/PROINVERSION/DEP

210. Mediante el Oficio N° 00140-2023-GRE-OSITRAN, se consultó a Proinversión, en primer lugar, sobre la naturaleza de un EGP en el marco del Decreto Legislativo N° 1362, ante lo cual dicha Entidad señaló lo siguiente:

**“Respuesta:** Conforme a lo dispuesto en los Lineamientos de Diseño de Contratos, el EGP: “corresponde a los términos de los documentos a ser suscritos entre los acreedores permitidos y el concesionario, que sustentan la **disponibilidad de financiamiento para la ejecución del proyecto** (...)”. Además, precisa que: “(...) con la suscripción de estos documentos y la acreditación del Cierre Financiero, **los acreedores permitidos obtienen los derechos establecidos en el Contrato** (como los *step in rights*, la garantía de acciones, la cesión de flujos, la hipoteca de la Concesión, entre otros, ...)”.

Asimismo, (...) los Lineamientos de Diseño de Contratos también señalan lo siguiente: “Con el cierre financiero, el concesionario acredita formalmente la disponibilidad de los recursos o los flujos necesarios para el desarrollo del proyecto. **El cierre financiero puede acreditarse mediante contratos de financiamiento o con recursos propios del concedente [sic] o sus empresas vinculadas.** Tal como sucede con las operaciones de endeudamiento garantizado permitido, las obligaciones asumidas por el Concesionario frente a sus financistas no son oponibles al Concedente. **Asimismo, el financiamiento con recursos propios o con empresas vinculadas no puede ser considerado como endeudamiento garantizado permitido**”.

[Énfasis y subrayado originales].

211. En segundo lugar, se le consultó sobre si la previsión de un EGP en los proyectos ejecutados mediante asociaciones público-privadas presupone que su uso está sujeto a la inexistencia de fondos para la ejecución de las actividades que se pretenden financiar y, por tanto, no se justificaría para actividades que ya han sido ejecutadas. Al respecto, Proinversión respondió:

**“Respuesta:** Cuando PROINVERSIÓN realiza la evaluación y revisión de los documentos que son puestos en su consideración, conforme a lo establecido en cada contrato de concesión, el EGP se suele solicitar de manera conjunta con la acreditación del cierre financiero. Esto debido a que, a través de dichos mecanismos, se sustenta no solo la disponibilidad del financiamiento para la ejecución del proyecto bajo la modalidad de APP, sino también se consiguen determinados derechos a favor de los “acreedores permitidos”, los cuales se encuentran establecidos en los respectivos contratos de APP.

Por otro lado, con relación a si el EGP “se justificaría para aquellas actividades que ya han sido ejecutadas”, los Lineamientos de Diseño de Contratos no precisan nada al respecto”.

212. En tercer lugar, se le consultó sobre si el EGP para financiar la construcción de obras tiene como propósito acreditar el cierre financiero y, de ser caso, si con posterioridad a la acreditación del cierre financiero, el EGP solo quedaría restringido a las renovaciones o refinanciamientos del mismo tipo de endeudamiento. Sobre ello, Proinversión indicó:

**“Respuesta:** Conforme se explicó anteriormente, el cierre financiero y el EGP permiten sustentar la disponibilidad de financiamiento para la ejecución de un proyecto de APP. Sin embargo, el cierre financiero no necesariamente debe ser acreditado mediante un EGP.

Con relación a las renovaciones o refinanciamientos, cabe señalar que los Lineamientos de Diseño de Contratos precisan lo siguiente: **“durante la vigencia del Contrato, el concesionario puede cambiar o sustituir la estructura, la naturaleza o los términos del financiamiento que obtuvo para acreditar el cierre financiero”**.

[Énfasis y subrayado originales].

213. En cuarto lugar, ante la consulta respecto a si – en el marco de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF– es posible señalar que la utilización de recursos propios para el cierre financiero es un financiamiento y, en consecuencia, si el reembolso de dichos recursos propios constituiría un refinanciamiento, Proinversión manifestó:

**“Respuesta:** Conforme a lo antes indicado, el “cierre financiero” propiamente puede acreditarse mediante contratos de financiamiento o con recursos propios del concesionario o sus empresas vinculadas. Por tanto, una forma para que el concesionario asegure y formalice el ingreso o disponibilidad de los flujos necesarios para el desarrollo del proyecto (cierre financiero) es mediante la acreditación de recursos o fondos propios. Este tipo de acreditación, conforme se precisó anteriormente y de acuerdo con lo establecido en los Lineamientos de Diseño de Contratos, no constituye EGP.

Los Lineamientos de Diseño de Contrato no precisan si el reembolso de recursos propios constituye un refinanciamiento. Solo señalan lo siguiente, con relación a las renovaciones o refinanciamientos: **“durante la vigencia del Contrato, el concesionario puede cambiar o sustituir la estructura, la naturaleza o los términos del financiamiento que obtuvo para acreditar el cierre financiero”**.

[Énfasis y subrayado originales].

214. Finalmente, en quinto lugar, se consultó a Proinversión si en el marco de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF, la conformidad del Concedente a la propuesta de refinanciamiento para cambiar o sustituir la estructura, naturaleza o los términos del financiamiento para la acreditación de fondos constituye un elemento del diseño contractual y, por ende, debe estar recogido expresamente en los contratos de concesión, respecto de lo cual la Entidad antes mencionada apuntó lo siguiente:

**“Respuesta:** En los Lineamientos de Diseño de Contratos se establece que “corresponderá al Concedente brindar la conformidad a la propuesta de refinanciamiento”. Cabe señalar que, los lineamientos emitidos por el MEF para el diseño de contratos son de obligatorio cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.5 del artículo 5 del DL 1362.

No obstante, lo pactado en cada contrato debe ser revisado caso por caso, en aras de garantizar la seguridad jurídica y lo pactado entre las partes, de conformidad con lo indicado en el artículo 62 de la Constitución (...).

Además, se debe tener en cuenta que, la versión de contrato suscrita por las partes es la que ha sido evaluada y cuenta con las conformidades y/o aprobaciones emitidas por las entidades públicas competentes, conforme a lo exigido en el marco normativo en vigor a la fecha de su suscripción”.

Oficio N° 19-2024/PROINVERSION/DEP

215. A través del Oficio N° 00058-2024-PD-OSITRAN, la Presidencia Ejecutiva realizó las

siguientes consultas a Proinversión con el fin de tener alcances generales del tratamiento que se viene dando a distintos aspectos de los EGP, en el marco del ejercicio de las funciones de estructuración de proyectos por parte de dicha entidad:

*“1. Considerando que en la definición de EGP de un Contrato de APP se establece que los fondos del financiamiento deben ser destinados al objeto de la concesión, en un contrato del tipo DFBOT, ¿qué tipo de actividades pueden ser considerados objeto del Contrato?”*

*2. ¿Es posible reembolsar con EGP los gastos incurridos para el cumplimiento del objeto del proyecto APP que hayan sido cubiertos con recursos propios del Concesionario o de terceros que en su origen no hayan sido EGP?”*

*3. Con relación a la naturaleza del EGP, teniendo en consideración la normativa vigente, así como la conceptualización del EGP, ¿existe una oportunidad o momento específico para la solicitud y obtención de un EGP?”*

*4. El EGP en proyectos que haya estructurado, en los que el pago al concesionario es a suma alzada y no tiene ajustes de tasa de interés, ¿tienen algún impacto hacia el Estado en términos de costos?”.*

216. Al respecto, mediante el Oficio N° 19-2024/PROINVERSION/DEP, Proinversión indicó que los Lineamientos para el Diseño de las APP del MEF incluyen límites dada la naturaleza del EGP y de la Deuda Garantizada (en adelante, DG), uno de ellos es que las garantías y derechos que se reconoce a los Acreedores Permitidos no deben ser otorgados a los titulares del financiamiento que proviene de los recursos propios del Concesionario o de alguna empresa vinculada.
217. Sobre el tipo de actividades que pueden ser consideradas como objeto de un contrato de APP, Proinversión señaló que estos contemplan como objeto las distintas actividades a cargo del inversionista. Por ejemplo, un contrato del tipo DFBOT (*design, finance, built, operate, transfer*), como sus siglas indican, está destinado a cubrir dentro de sus actividades al diseño, financiamiento del proyecto de APP, la construcción, operación y transferencia de los bienes de la concesión del proyecto. En ese sentido, el financiamiento del proyecto de APP es parte del objeto de dicho tipo de contrato y es una de las actividades que el respectivo concesionario realiza en ese contexto, siendo que se trata de objetos integrales que abarcan desde el diseño hasta la operación, lo que implica también el financiamiento.
218. Sobre la posibilidad de reembolso con EGP de los gastos incurridos para el cumplimiento del objeto del proyecto de APP que hayan sido cubiertos con recursos propios del concesionario o de terceros que en su origen no hayan sido EGP, Proinversión manifiesta que al evaluar esta figura se debe verificar que los términos del financiamiento, esencialmente las garantías del EGP, no alteren las condiciones contractuales originalmente establecidas ni generen riesgos o alguna responsabilidad adicional al concedente, siendo este criterio aplicable para la evaluación en las modificaciones o cambios de la estructura financiera del EGP establecida en el cierre financiero.
219. Según Proinversión, en la medida que en el contrato de APP se haya previsto que el EGP o DG es aplicable al objeto del referido contrato, y los gastos incurridos hayan sido destinados al objeto del proyecto del contrato APP, sí es posible que en un cambio de estructura financiera, en la cual se obtenga un nuevo financiamiento de un Acreedor Permitido, para refinanciar los gastos ya incurridos para el cumplimiento del objeto del contrato de APP, así estos hayan sido financiados con recursos propios del concesionario o de terceros que en su origen no hayan sido EGP; siempre y cuando estas garantías sean a favor de Acreedores Permitidos que cumplan con los requisitos, calificaciones y aprobaciones requeridas en el respectivo contrato y que no alteren las condiciones contractuales originalmente establecidas, ni generen riesgos o alguna responsabilidad adicional al concedente. Además, Proinversión indicó que el financiamiento con vinculadas o el uso de recursos propios no puede constituir un EGP por sí mismo – ya que los

derechos de intervención no pueden ser utilizados por el mismo concesionario debido al riesgo de contraparte y a los incentivos perversos que ello generaría – sino que se reserva estos derechos a los Acreedores Permitidos quienes no tienen vinculación económica con el concesionario y pueden viabilizar la continuidad del proyecto ante algún incumplimiento por parte del concesionario.

220. Sobre la oportunidad o momento específico para la solicitud y obtención de un EGP, sobre la base de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF y la casuística de contratos a su cargo, Proinversión indicó que existe la posibilidad de financiamiento y refinanciamiento con o sin EGP, con lo cual no se limita a un único momento para llevar a cabo estas operaciones, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y procedimientos de cada contrato, permitiendo al concesionario del proyecto de APP realizar cambios o modificaciones a la estructura financiera durante la vigencia del respectivo contrato de APP. Al respecto, a juicio de Proinversión, se debe tener en cuenta que la acreditación del cierre financiero es una figura diferente al EGP, en efecto, el cierre financiero es la oportunidad para que el concesionario acredite formalmente la disponibilidad de los recursos o los flujos necesarios para el desarrollo del proyecto, lo cual puede incluir o no el EGP, sin embargo, el reconocimiento de EGP es una actividad que se puede realizar en cualquier momento, lo cual, incluso puede resultar beneficioso para el proyecto APP.
221. Finalmente, sobre el impacto hacia el Estado, en términos de costos de un EGP de proyectos con pago por suma alzada y sin ajuste de tasa de interés, Proinversión señaló que en cada contrato se establecerán las fórmulas y ajustes a los mecanismos de pago que retribuirán al concesionario por sus actividades realizadas; asimismo, si es que dichos pagos no se ajustan con las condiciones financieras del financiamiento con terceros, se puede inferir que no tienen efecto en las obligaciones y responsabilidades del Concedente, sin embargo, dependerá de la redacción de cada contrato.

### III.7. Consultas formuladas al MEF

222. En el marco del procedimiento de interpretación, y en aplicación del mecanismo de colaboración entre entidades administrativas previsto en el TUO de la LPAG, se formularon algunas consultas jurídicas al MEF.
223. Al respecto, a través del Informe N° 076-2024-EF/68.02 – remitido mediante el Oficio N° 040-2024-EF/68.02 recibido el 09 de febrero de 2024 – la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP) del MEF apuntó que, como ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), en virtud del inciso 4 del párrafo 9.1 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, tiene, entre otras, la competencia de emitir opinión, exclusiva y excluyente, con carácter vinculante en el ámbito administrativo sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y Proyectos en Activos.
224. Asimismo, el MEF especificó que las opiniones emitidas en ejercicio de la función de interpretación normativa de la DGPIIP de ninguna forma significa la interpretación de un contrato de APP, lo cual corresponde a las entidades públicas titulares de los proyectos, dado que ello excedería las funciones de la DGPIIP; así como tampoco revisan, convalidan, promueven o sustentan las opiniones, interpretaciones o decisiones de las partes respecto de los términos contractuales que rigen los proyectos a su cargo.
225. Además, señaló que el numeral 29.4 del artículo 29<sup>18</sup> del Texto Único Ordenado del

<sup>18</sup> **“Artículo 29.- Autorización para el otorgamiento de garantías**  
(...)

29.4 Cuando el contrato de Asociación Público Privada a cargo de Proinversión establece la revisión de los documentos que sustentan el **Endeudamiento Garantizado Permitido**, Cierre Financiero o análogos, corresponde a dicha entidad su revisión. Sin perjuicio de lo establecido en el presente numeral, el Reglamento

Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, TUO de la Ley APP)<sup>19</sup>, tiene por objeto identificar las entidades que participan o pueden participar de la revisión de los documentos que sustenten el EGP, Cierre Financiero o análogos; mas no regula el alcance de dicho concepto. En consecuencia, no corresponde que la DGPPIP elabore definiciones o establezca reglas que no se desprenden del marco normativo del SNPIP.

226. Respecto a los Lineamientos de Diseño de APP del MEF, señaló que constituyen instrumentos técnico normativos de carácter metodológico que recogen las mejores prácticas nacionales e internacionales para la implementación de proyectos de APP, los cuales se aplican durante las fases previas a la suscripción del contrato de APP y no pueden ser utilizados como normas jurídicas o criterios interpretativos durante la Fase de Ejecución Contractual.
227. Agregó que los lineamientos que regulan a las APP (incluyendo los de diseño de contratos) no necesariamente contienen reglas o directrices unívocas, pues dependiendo del caso particular, pueden establecerse alternativas que deberán ser valoradas por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), eligiendo o diseñando reglas que generen mayor Valor por Dinero.
228. En esa línea, si bien los Lineamientos que regulan a las APP contienen reglas de obligatorio cumplimiento para el OPIP, es posible que previo sustento técnico, legal o económico, el contrato de APP establezca reglas distintas, precisamente por tratarse de soluciones más eficientes considerando las características particulares de cada proyecto. Es por ello que los lineamientos que regulan a las APP, en ningún caso, pueden emplearse para interpretar contratos de APP ya suscritos.
229. Sin perjuicio de lo expuesto, el MEF brindó orientaciones de carácter general, sin que ello pueda utilizarse para la interpretación de un contrato de APP:
- El riesgo de financiamiento implica la imposibilidad de que el concesionario obtenga el financiamiento necesario para la ejecución del proyecto. Este riesgo resulta especialmente relevante si consideramos que, en caso de caducidad anticipada, independientemente de la causa, la entidad pública titular del proyecto deberá pagar el valor contable neto (VCN) de los bienes que no hayan sido totalmente depreciados. Esto se encuentra regulado en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que establece lo siguiente:

*“Artículo 22.- El valor de transferencia de los bienes al Estado durante o al término de la concesión o su renovación será el valor contable de los bienes que no hayan sido totalmente depreciados. La transferencia estará inafecta de todo tributo creado o por crearse, incluso de aquellos que requieren mención específica para su inafectación o exoneración”.*

- Así, los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, buscan asegurar que, previamente al inicio de las obras, el inversionista o concesionario cuente con la totalidad de los recursos necesarios para asumir los costos de inversión del proyecto de APP. De esta manera, se mitiga el escenario de caducidad anticipada por falta de financiamiento del concesionario, en el que además la entidad pública titular del proyecto se encuentre obligada a pagar el VCN al que se refiere el párrafo anterior.

---

*puede establecer los supuestos en los que se requiere opinión previa de la entidad pública titular del proyecto, y/o del organismo regulador”.*

[Énfasis y resaltado original].

<sup>19</sup>

Aprobado mediante Decreto Supremo N° 195-2023-EF.

- Los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas establecen que el riesgo de financiamiento debe ser asignado al concesionario en la medida que es el responsable de obtener el financiamiento para las inversiones del proyecto. Así, la transferencia del riesgo de financiamiento implica que el inversionista deberá acometer el proyecto, incluso con fondos propios si no es capaz de obtener el financiamiento en el plazo determinado, de tal forma que el cierre financiero podrá ser acreditado con sus fondos, en cuyo caso no se demandan recursos o garantías al concedente, distintos a los previamente pactados en el respectivo contrato.
- El cierre financiero de un proyecto APP suele referirse a la oportunidad en la cual se determinan y confirman los compromisos financieros del inversionista o concesionario con los respectivos financistas o acreedores, garantizando la disponibilidad de recursos necesarios para la ejecución y continuidad del proyecto. Condicionado a lo que establezca el respectivo contrato, el cierre financiero de un proyecto podría acreditarse a través de:
  - (i) Contratos de financiamiento suscritos por el concesionario o inversionista con los acreedores o financistas. En estos casos es posible que el Estado peruano otorgue garantías no financieras (garantías de acciones, hipoteca de la concesión u otros), configurándose un EGP.
  - (ii) Recursos propios del concesionario.
  - (iii) Préstamos provenientes de sus empresas vinculadas, en cuyo caso no podrá constituirse EGP.
- Así las cosas, la finalidad del cierre financiero es asegurar que el concesionario de un proyecto de APP cuente con el financiamiento necesario para el cumplimiento de sus obligaciones, según lo dispuesto por el respectivo contrato de APP. Con el cierre financiero, el concesionario acredita la disponibilidad de recursos necesarios para la ejecución y continuidad del proyecto de APP, a efectos de evitar que dicho proyecto se quede desfinanciado sin que se haya culminado la totalidad de sus obras o actividades (riesgo de financiamiento).
- Respecto al EGP, cada contrato establece una definición específica al respecto, por ello, resulta indispensable revisar el contenido de cada contrato de concesión para determinar su naturaleza y alcance.
- Los Lineamientos de Diseño de APP del MEF definen a los Acreedores Permitidos como los financistas o prestamistas del proyecto que han sido previamente calificados, y que ostentan los derechos y garantías establecidos en el respectivo contrato; se caracterizan por asumir riesgos del proyecto.
- Tratándose de contratos de financiamiento, los Acreedores Permitidos gozan de diversas garantías en el marco del EGP. En esa línea, los Lineamientos de Diseño de APP del MEF señalan los siguientes derechos correspondientes a los Acreedores Permitidos:
  - Garantía de acciones: El contrato puede establecer que las acciones del concesionario se otorguen en garantía mobiliaria a sus Acreedores Permitidos en respaldo del cumplimiento de sus obligaciones, requiriendo la autorización previa del concedente. No procede otorgar la garantía sobre acciones del concesionario, en respaldo de deudas que no guarden relación con el Contrato.
  - Hipoteca de la Concesión: El contrato debe regular la forma en que los Acreedores Permitidos pueden asumir el control del proyecto. En general, esto solo se podrá dar cuando: el concesionario incumpla con sus

obligaciones financieras según lo establecido en los documentos de crédito suscritos con los acreedores; o, el concedente les notifique que pueden ejercer tal derecho antes de que se declare la caducidad.

- Cabe destacar que el marco normativo vigente solo permite la posibilidad de atribuir derechos y garantías a los Acreedores Permitidos en el marco del EGP; no siendo posible otorgar tales beneficios a los acreedores bajo otro mecanismo de financiamiento.
- Respecto a la oportunidad para solicitar la autorización del EGP, cabe señalar que la solicitud, la evaluación y la autorización del EGP se encuentran directamente relacionadas con los plazos y términos de cada contrato de APP para acreditar el cierre financiero correspondiente a cargo del concesionario. Como referencia, es oportuno indicar que, según los Lineamientos de Diseño de APP del MEF, el plazo para la obtención del financiamiento es de hasta doce (12) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato; lo cual, excepcionalmente, puede ser prorrogado a solicitud del concesionario por un periodo que no debe exceder el máximo del plazo inicial.
- Los Lineamientos de Diseño de APP del MEF establecen que, durante la vigencia del Contrato, el concesionario puede cambiar o sustituir la estructura, la naturaleza o los términos del financiamiento que obtuvo para acreditar el Cierre Financiero. Estos cambios o la reestructuración de la deuda pueden generar ganancias, ya sea mediante un incremento o aceleración de las utilidades o beneficios para los concesionarios o una reducción en los compromisos financieros asumidos en el respectivo contrato de financiamiento.
- Asimismo, establece que corresponderá al concedente brindar la conformidad a la propuesta de refinanciamiento, para lo cual deberá evaluar, por lo menos, si el refinanciamiento: i) aumenta el riesgo del concedente; ii) reduce incentivos al concesionario para cumplir con los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato, particularmente si se dan en los últimos años; o, iii) deteriora la estabilidad financiera del concesionario o genera perjuicios al Estado. En ningún caso, el refinanciamiento puede generar nuevos riesgos al concedente.
- En ese sentido, corresponde que las partes contractuales consideren que cualquier refinanciamiento en el marco de un proyecto de APP deben realizarse conforme a los términos y condiciones establecidas en el contrato original, así como la regulación vigente en materia de APP, tomando en cuenta que los cambios en la estructura financiera del proyecto podrían comprometer su estabilidad financiera o la viabilidad del proyecto APP.

### **III.8. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación**

#### **III.8.1. Respecto a la lectura de las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión**

230. Como se mencionó previamente, en cuanto a esta materia de interpretación, DPWC manifiesta que es posible solicitar y obtener un EGP y otorgar las garantías correspondientes en el marco del Contrato de Concesión para financiar la construcción de las Obras Obligatorias de las Fases del proyecto habiéndose cumplido previamente con la acreditación de los recursos para la construcción de tales obras mediante un mecanismo de financiamiento distinto, por los siguientes fundamentos:

- Las cláusulas 6.34 y 10.5 permiten que el Concesionario, en cualquier momento, solicite y obtenga la autorización de las garantías en el marco de un EGP, siempre que dicho financiamiento sea utilizado para cumplir con las actividades comprendidas en el Objeto del Contrato de Concesión y que no exista un perjuicio económico para el Concedente. Ninguna de dichas cláusulas restringen el derecho del Concesionario

de solicitar un EGP y otorgar garantías luego de haber acreditado los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras (según lo previsto en la cláusula 6.34, la misma que no regula los métodos de financiamiento bajo el Contrato de Concesión sino las opciones para para cumplir con la acreditación), en otras palabras, no limitan al Concesionario a posteriormente reemplazar la fuente de financiamiento que hubiere comprometido a efectos de cumplir con la acreditación de recursos por otra alternativa de financiamiento, incluyendo el EGP.

- De acuerdo con la cláusula 6.34, el único escenario en el que no cabe usar EGP como fuente de financiamiento para acreditar la existencia de recursos para la construcción de la Fase 2 del proyecto, es el caso de un financiamiento de entidades vinculadas. No obstante, no habiendo el Concesionario hecho uso de ningún desembolso del financiamiento de vinculadas para afrontar los costos de construcción en los que ha incurrido, no existe restricción legal o contractual para acceder a un EGP para reembolsar recursos propios que ha destinado a tal fin.
  - Para que exista “financiamiento” a favor del “Concesionario”, es absolutamente indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor del “Concesionario” bajo obligación de repago. Al respecto, debe tenerse en cuenta el criterio emitido por el Ositrán en el Informe N° 031-08-GRE-GAL-OSITRAN, según el cual la obligación de pago de la deuda se genera con los desembolsos, por lo que, de no existir desembolsos no podría existir financiamiento.
  - El penúltimo párrafo de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión da 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, por otra modalidad de financiamiento que le permita cumplir con la ejecución de las Obras Obligatorias de la Fase 2, lo cual podría darse bajo un EGP.
  - El literal f) del artículo 8 de los Lineamientos de Diseño de APP del MEF reconoce el derecho de todo concesionario de variar la fuente de recursos, sin restringir ello a un solo momento, lo cual se condice además con el riesgo de financiamiento que es habitualmente atribuido al Concesionario en todos estos casos como regla general.
  - El principio de enfoque de resultados previsto en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N° 1362 implica que el Organismo Regulador debe evitar decisiones que entorpezcan el cumplimiento del Objeto del Contrato de Concesión y el desarrollo del proyecto, como lo sería realizar interpretaciones restrictivas del Contrato de Concesión para limitar el derecho del Concesionario a que – habiendo acreditado, en virtud de la cláusula 6.34, un financiamiento previo sin Acreedores Permitidos del cual no se han producido desembolsos – solicite y obtenga un EGP y se otorguen garantías para asegurar el cumplimiento del Contrato de Concesión.
  - A través del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1746-522-14-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN, en los que el Ositrán sustentó la opinión técnica respecto del EGP de la empresa concesionaria GYM Ferrovías S.A. bajo el Contrato de Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, se indicó que los fondos de EGP tenían como principal objetivo el prepagado de deuda subordinada que mantenía GYM Ferrovías S.A. con su vinculada. Es decir, se estaba destinando a refinanciar una deuda entre vinculadas que no fue calificada como EGP inicialmente.
231. El Concedente opina que la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión establece una obligación para un momento concreto, no la obligación de mantener durante un periodo el plan de financiamiento, por lo que no identifica alguna limitante para variar el plan de financiamiento una vez acreditado, siempre que se cumpla con el procedimiento respectivo en caso de que quiera obtener un EGP. Asimismo, señala lo siguiente:

- La lectura conjunta de las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión no limita que el Concesionario varíe el tipo de financiamiento acreditado inicialmente.
- DPWC cambió de modalidad de financiamiento, de facto, siendo que acreditó los recursos con un préstamo de una Empresa Vinculada y, de facto, utilizó recursos propios.
- En caso el término “financiamiento” no solo corresponda a los desembolsos realizados sino también a la disponibilidad de recursos, no resultaría aplicable la cláusula 10.5 para realizar un refinanciamiento.
- No es correcto lo afirmado por el Concesionario en cuanto a que para que exista financiamiento, debe haber desembolsos de un tercero al Concesionario, más bien, para que exista financiamiento al amparo de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión, no es indispensable que un tercero haya efectuado desembolsos a favor de DPWC.

232. En cuanto a la APN, esta indica que comprende que el Contrato de Concesión no restringe la posibilidad de que luego de haberse acreditado los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras, el Concesionario pueda solicitar un EGP para el mismo propósito. Sin embargo, la propia APN también indica, aclarando la posición apenas señalada, que en el entendido de que según la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión, el EGP consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero tomados en préstamo de cualquier Acreedor Permitido, se considera la existencia previa del Acreedor Permitido como fuente de financiamiento del EGP y no los recursos de terceros que no tendrían la calificación de Acreedor Permitido.

### **Análisis**

233. Al respecto, resulta pertinente indicar que el análisis y posición de las Gerencias respecto de la interpretación de las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión se encuentra recogido en el Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN. Sin embargo, en atención al encargo de la Presidencia Ejecutiva a continuación se presenta un análisis que recoge y desarrolla la posición manifestada en el Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN, respecto al alcance de las referidas citadas cláusulas.
234. De acuerdo con el acto de inicio del presente procedimiento de interpretación, lo que se busca es identificar la temporalidad de la solicitud para la presentación de un EGP, es decir si ya no podía realizarse luego de contar con un financiamiento acreditado o si, por el contrario, en el Contrato de Concesión de Muelle Sur no se establecía una oportunidad específica, por tanto, es este extremo el que debe ser el objeto de análisis. Así, en dicha oportunidad se identificaron dos posibles lecturas:

*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.”*

235. En primera instancia, se debe señalar lo establecido en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión en referencia a la acreditación de fondos.

**“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 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.**

Los contratos referidos en el numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el **financiamiento** quede sin efecto o el CONCESIONARIO incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido.

(...)

Transcurrido el plazo para que el CONCEDENTE se pronuncie sin que haya obtenido una respuesta de su parte, se entenderá que el CONCESIONARIO ha cumplido con acreditar que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras.

**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.**

*Las operaciones de financiamiento suscritos con Empresas Vinculadas o terceros no son oponibles al Estado, por lo tanto, queda establecido que el CONCEDENTE no asumirá obligaciones o deudas derivadas de dichas operaciones”.*

[Énfasis y resaltados agregados].

- 236. Al respecto, la cláusula 6.34 establece que, de manera previa al inicio de la ejecución de las Obras, el Concesionario debe cumplir con acreditar que cuenta con los fondos para cumplir con el Calendario de Ejecución de Obras.
- 237. Por otro lado, respecto a los mecanismos de financiamiento establecidos en el Contrato de Concesión, a partir de la lectura de la cláusula 6.34 de dicho Contrato, se identifican alternativas o formas de financiamiento a través de las cuales el Concesionario acreditará que cuenta con los recursos para la ejecución de Obras, las cuales se pueden agrupar por la fuente de donde se originan los fondos, ya sea que estos provengan de una fuente externa (numerales “i”, “ii” y “iii”) o una interna (numeral “iv”) a la compañía.
- 238. En ese sentido, se puede concluir que el Contrato de Concesión mediante la cláusula 6.34 establece claramente que el uso de recursos internos (propios) representa una forma de financiamiento, así como lo es el uso de recursos externos (terceros).
- 239. En ese sentido, teniendo en cuenta los mecanismos de financiamiento a los cuales puede acceder el Concesionario y que el riesgo de financiamiento le fue asignado a este<sup>20</sup>, con

<sup>20</sup> Al respecto, se debe resaltar lo descrito en el “Informe sobre la distribución de riesgos asignados a las partes en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de contenedores del Terminal Portuario del Callao Zona Sur”, elaborado por el Banco de Inversión: Consorcio Macroinvest – Curie & Brown, y aprobado por Proinversión, en el marco del

relación a la posibilidad de que el Concesionario pueda utilizar posteriormente un mecanismo distinto del financiamiento que presentó en la etapa de acreditación de fondos, de la lectura del penúltimo párrafo de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión se concluye que en dicha cláusula no existe una limitación contractual para que el Concesionario emplee un mecanismo de financiamiento distinto a aquel que presentó en la etapa de acreditación de fondos prevista en la misma cláusula contractual, siendo responsabilidad de este el contar siempre con los recursos necesarios para el desarrollo de la Etapa de Ejecución de las Obras, regla que no lo excluye del cumplimiento de las demás disposiciones contractuales.

240. Ahora bien, respecto a las cláusulas 10.5 y 10.6 y su relación con el cambio de fuente de financiamiento, se debe traer a colación lo establecido en ellas:

**“GARANTÍAS A FAVOR DE LOS ACREEDORES PERMITIDOS**

*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:*

*(...)*

*Para efecto de la autorización de constitución de las garantías a que se refiere la presente Sección, el CONCESIONARIO deberá entregar a la APN, el CONCEDENTE y al REGULADOR copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, así como una declaración del posible Acreedor Permitido en términos sustancialmente similares a los contenidos en el Anexo 11 del presente Contrato”.*

**“AUTORIZACIÓN DE ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO**

*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.*

*(...)*”.

241. En cuanto a la cláusula 10.5 del Contrato de Concesión, se debe indicar que ella regula las garantías a favor de los Acreedores Permitidos; asimismo, la cláusula 10.6 regula la autorización de endeudamiento garantizado permitido. Dichas cláusulas contractuales no limitan la posibilidad de que, luego de producida la acreditación de fondos conforme a la

desarrollo del Concurso de Proyectos integrales para la concesión del nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao- Zona Sur:

RIESGO	ASIGNACIÓN	REFERENCIA	ANÁLISIS Y COMENTARIOS
Financiamiento de la obra	Concesionario	6.34 al 6.36	El concesionario asume el financiamiento de la obra. Debe presentar documentación sustentatoria de dicho financiamiento 30 días antes del inicio de la construcción. En caso tenga en dicha fecha financiamiento parcial, puede acreditar el financiamiento por la diferencia hasta 6 meses después de iniciadas las obras. El incumplimiento es causal de término por culpa del concesionario, además de la aplicación de penalidades.

Por otro lado, la cláusula séptima de la Adenda N°2 del Contrato de Concesión, que aprobó la modificación de la vigente cláusula 6.34, indica que dicha adenda respeta todas las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes:

**“SEPTIMO: DECLARACIÓN**

*7.1. Las Partes declaran que el presente documento respeta la naturaleza del CONTRATO, todas las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*

*(...)*”

En ese sentido, el riesgo del financiamiento asignado al Concesionario se mantiene después de la firma de la Adenda N° 2.

cláusula 6.34, el Concesionario pueda emplear una fuente de financiamiento distinta a aquella con la cual acreditó dichos fondos.

242. Por otro lado, en cuanto a lo dispuesto en la cláusula 1.20.41, debe tenerse en cuenta que esta estipula 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.(...)”.*

[Énfasis añadido.]

243. De la revisión de dicha cláusula, se observa que la misma se encuentra destinada a definir qué se entiende por EGP en el Contrato de Concesión y no está destinada a regular qué se entiende por refinanciamiento en dicho contrato, menos aún esta definición está destinada a establecer prohibiciones o requisitos en torno a la figura del refinanciamiento, considerando éste en su sentido más amplio como una posibilidad existente para todo contratante, pero que el propio contrato no ha definido, ni regulado.
244. En tal sentido, no es posible determinar a partir de la mencionada definición de EGP, que en el Contrato de Concesión de Muelle Sur están prohibidos todos los refinanciamientos a menos que inicialmente se haya optado por la figura del EGP.
245. Lo anterior más aún cuando, la cláusula 1.20.41 emplea la palabra “incluyendo” no “limitando”. Incluir algo no significa que todos los demás escenarios resulten prohibidos, sin duda cualquier dinero tomado de acreedores permitidos y/o su renovación serán denominados EGP, pero ello no limita que un EGP adquirido para refinar un tipo de financiamiento anterior pierda necesariamente su condición de EGP.
246. Por tanto, considerando que las cláusulas 6.34 y 10.5 no limitan la posibilidad de que, luego de producida la acreditación de fondos se pueda emplear una fuente de financiamiento distinta y que la cláusula 1.20.41 no establece que están prohibidos los financiamientos a menos que inicialmente hayan optado por la figura del EGP, la lectura correcta sería la siguiente:

*“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 1.20.41.”.*

### **III.8.2 Respecto a la lectura de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión**

247. Como se mencionó previamente, en cuanto a esta materia de interpretación, DPWC ha manifestado los siguientes fundamentos:
- El término “serán destinados” de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión se refiere a una finalidad y no a una oportunidad, por lo que se puede solicitar en cualquier momento durante el plazo de la Concesión siempre que sean destinados a cualquiera de las actividades que son Objeto del Contrato de Concesión.
  - Asimismo, la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión debe ser interpretada juntamente con las cláusulas 2.4, 3.3 (f) (iv), 6.58, 8.1, 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión, en las cuales tampoco se encuentra prevista una oportunidad para solicitar un EGP, dado que ninguna impone una restricción para que se pueda proceder con el EGP y el reembolso al Concesionario. Las cláusulas interpretadas de manera conjunta únicamente exigen que el EGP se destine al

Objeto del Contrato de Concesión y que su aprobación solo se deniegue en caso se genere un perjuicio económico al Concedente. Respecto a esto último, DPWC indicó que no se genera tal perjuicio, máxime cuando la cláusula 10.6 del Contrato de Concesión señala que el EGP no gozará de garantía alguna por parte del Concedente. Las garantías bajo EGP mejorarán las condiciones del proyecto y la posición del Concesionario. Señaló que, si bien puede solicitar un financiamiento a bancos sin que califique como EGP, ello sería menos favorable para el proyecto.

- Según la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión el Concesionario está autorizado a manejar el negocio como considere oportuno, incluyendo, de ser el caso, el financiar sus actividades de explotación en la forma que considere más apropiada. No existe impedimento para que el Concesionario recupere recursos propios que deben haber servido para sus actividades regulares y que utilizó para solventar los costos de la construcción de la Fase 2. Al obtener un EGP, el Concesionario solo está recomponiendo su disponibilidad de recursos que puede libremente usar para cumplir con el Objeto del Contrato de Concesión, máxime cuanto entre las actividades del Objeto se encuentra el financiamiento. No aceptar el EGP para reembolsar los recursos propios generaría un desincentivo a su uso y a la inversión en proyectos de infraestructura.
- El reembolso debe ser factible para que continúe de forma regular con su objeto social en beneficio del proyecto, en efecto, el Contrato de Concesión se ha celebrado con la finalidad de realizar obras y prestar un servicio eficiente en pro del bien común y de los usuarios. Tanto los recursos materia de reembolso, como el propio reembolso cumplen con dicha finalidad. En virtud del principio de generación de confianza al inversionista y en aras del interés público, DPWC cubrió los costos con recursos propios bajo el entendido de que los mismos se reembolsarían mediante el EGP a fin de continuar con su objeto social.
- Las partes del Contrato de Concesión no están prohibidas de realizar aquello que el contrato no prevé expresamente, por lo que nada impide al Concedente a aprobar un EGP para reembolsar recursos propios utilizados para el cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, esto último, dado que no se trata de una facultad otorgada por la normativa sino por el Contrato de Concesión. Sobre esto último, incluso si fuese una facultad administrativa, el Concedente debe actuar dirigido por el interés general, siendo que la interpretación del Concesionario no afecta dicho interés público, sino que lo promueve.
- Una interpretación contraria a la propuesta por el Concesionario limita sus derechos, vulnerando el principio de buena fe previsto en los artículos 168 y 1362 del Código Civil.
- El refinanciamiento supone reembolsar al acreedor financiero los fondos entregados previamente para la construcción, conservación y/o explotación del TMS. Considerando ello, el Contrato de Concesión solo impone como única condición que los fondos en cuestión se utilicen para reembolsar desembolsos que, en su momento, sirvieron para realizar la construcción, conservación y/o explotación del TMS, y, que no se produzca un perjuicio económico al Concedente. En consecuencia, el EGP resulta aplicable a una operación de financiamiento vinculada a la realización de actividades (comprendidas en el Objeto del Contrato de Concesión) pasadas.
- La cláusula 6.34 del Contrato de Concesión no regula los métodos de financiamiento sino la forma de acreditar los recursos, en otras palabras, las opciones para cumplir con la acreditación. En ese sentido, no puede equipararse el uso de recursos propios como si fuera un financiamiento bajo las regulaciones

de la definición de EGP y de las cláusulas 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión. En efecto, la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión cumple su propósito en el momento en que el Concedente ha comprobado que existen fondos comprometidos suficientes para iniciar la construcción de las obras y no puede ser usada para definir un concepto de financiamiento que está desarrollado en otras secciones del Contrato de Concesión y que es aplicable a toda la vigencia de este.

- Asimismo, la Cláusula 6.34 en ninguna parte hace referencia a las Cláusulas 10.5 y 10.6 del Contrato de Concesión que son aquellas que regulan las garantías y la aprobación del EGP. Si el Contrato de Concesión hubiera pretendido establecer que la Cláusula 6.34 es aquella que regula los métodos de financiamiento, entonces hubiera indicado expresamente que las Cláusulas 10.5 y 10.6 están limitadas y circunscritas a lo establecido en la primera.
- El financiamiento regulado bajo la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión (definición de EGP) implica que el Concesionario haya tomado recursos de terceros para ejecutar Obras. En ese sentido, la referencia a “renovación o refinanciamiento” parte de la premisa de que se ha incurrido en endeudamiento con terceros considerando que en dicha definición se describen diversas modalidades de financiamiento que son incurridas con terceros, no haciéndose referencia a recursos propios.
- En línea con lo anterior, debe usarse la definición proporcionada por el BCRP para el “financiamiento”, donde se entiende que, para refinanciar un financiamiento, se parte de la premisa de que se ha generado una deuda con dicho financiamiento, lo cual no ocurre con el uso de recursos propios. Una interpretación que únicamente considere la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión para definir el concepto de financiamiento bajo el Contrato de Concesión infringe el deber de protección contractual al que tiene derecho el Concesionario pues, lejos de generar un beneficio al Proyecto y/o al Concedente, únicamente perjudica al Concesionario, y por la misma razón, vulnera la buena fe contractual.
- No se trata de destinar el EGP para renovar o refinanciar una deuda anterior, sino para financiar de forma directa el reembolso de recursos propios que usó el Concesionario para las obras.
- Debe tenerse en cuenta el criterio emitido en el Laudo Arbitral correspondiente al Caso Arbitral N° 0595-2018-CC, según el cual los términos del EGP resultan de aplicación para los recursos propios ya ejecutados.
- Asimismo, debe tenerse en cuenta el criterio emitido a través del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1746-522-14-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN, a través de los cuales el Ositrán aprobó la opinión técnica respecto del EGP de la empresa concesionaria GYM Ferrovías S.A. En dicha opinión se indicó que solo podía negarse el EGP en caso exista perjuicio al Concedente.

248. De acuerdo con el MTC, no es posible reembolsar los recursos propios del Concesionario a través de un EGP por los siguientes fundamentos:

- Los métodos de financiamiento para la construcción de las Obras de la Fase 2 están descritos en la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión, a saber, el EGP, el préstamo de vinculadas, el aumento de capital y los recursos propios.

- El Concesionario utilizó recursos propios para solventar los costos de construcción; es decir, cumplió la acción de financiamiento a través del uso de recursos propios para cumplir con el Objeto de la Concesión. En ese sentido, no es posible refinanciar a través de un EGP dicha operación. Las posibles lecturas que se exponen en el referido informe respecto del término “financiamiento” hacen referencia a si la acreditación de fondos en sí se debería considerar como financiamiento o no, sin embargo, las dos lecturas de dicho término no varían el hecho de que el Concesionario ya se financió a través de recursos propios.

249. De acuerdo con la APN, el EGP únicamente comprende objetos de financiamiento con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento. Además, considera que para su obtención previamente debe haber existido un Acreedor Permitido como fuente de financiamiento y no los recursos propios del Concesionario o de terceros que no tendrían la calificación de Acreedores Permitidos.

### **Análisis**

250. Sobre el particular, de manera similar resulta pertinente indicar que el análisis y posición de las Gerencias respecto de la interpretación de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión se encuentra recogido en el Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN. No obstante, en atención al encargo de la Presidencia Ejecutiva a continuación se presenta la posición contenida en el Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN, respecto de la referida cláusula.

251. El objeto del presente procedimiento de interpretación está orientado a determinar, a través de la lectura de las cláusulas contractuales identificadas en el inicio del proceso de interpretación, si es posible que los fondos obtenidos a través de un EGP deban ser utilizados para financiar el objeto del contrato con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento o si siempre podrían ser destinados al objeto del contrato. Así, en el acto de inicio del presente procedimiento, se identificó dos posibles lecturas:

*Lectura 1: Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos a través de un EGP 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.*

252. Como se ha citado previamente, la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión señala que el EGP *[c]onsiste 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.*

253. Sobre ello, debe indicarse que los términos de dicha cláusula contractual no especifican una oportunidad para solicitar un EGP. Así, cuando la citada cláusula señala que los fondos “*serán destinados al cumplimiento del objeto de este Contrato*”, se entiende como una alusión a la finalidad del financiamiento (el objeto del Contrato de Concesión).

254. Asimismo, la cláusula 1.20.41 establece que se puede acceder a un EGP como financiamiento, o como refinanciamiento o renovación de un EGP anterior. Sin embargo, debe notarse también que no existe en el Contrato de Concesión de Muelle Sur una definición de “refinanciamiento” que delimite los requisitos para acceder al mismo, restringiendo así la determinación del escenario en que deba operar. Además, tampoco se puede dejar de mencionar que finalmente todo refinanciamiento es también un

financiamiento y, por tanto, se debe regir por los mismos principios legales o acuerdos contractuales.

255. Cabe señalar que, en una oportunidad anterior, el Consejo Directivo emitió opinión favorable para que se otorgue un financiamiento a través de un EGP cuando el financiamiento previo no fue a través de EGP, en el marco de un contrato de concesión semejante al Contrato de Concesión de Muelle Sur.
256. En efecto, en el Contrato de Concesión del Sistema Eléctrico del Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, (en adelante Contrato de Concesión de Línea 1) se adoptó el Acuerdo N°1746-522-14-CD-OSITRAN de fecha 16 de setiembre de 2014, donde se aprobó el Informe 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 12 de setiembre de 2014, en el que textualmente se señala en el numeral 63 del mismo: *“Tomando en consideración los documentos remitidos por el Concesionario mediante carta METRO/OSITRAN/619/2014, el presente financiamiento tiene como principal objetivo el prepago de la deuda subordinada que mantiene G y M FERROVÍAS con un empresa vinculada”*.
257. Al respecto se advierte que el acuerdo de Consejo Directivo adoptado en el año 2014 que se cita, se pronuncia sobre el alcance del EGP en un escenario similar al que se presenta en el Contrato de Concesión de Muelle Sur bajo análisis, es decir el Consejo Directivo otorga una opinión favorable sobre un EGP que buscaba cubrir una deuda contraída no a través de otro EGP, sino una deuda que se mantenía con una empresa vinculada.
258. Debe hacerse notar que la cláusula del Contrato de Concesión de Línea 1, la cual define el concepto de EGP es similar a la cláusula que define al EGP en el Contrato de Concesión de Muelle Sur, como a continuación se evidencia.

Contrato de Concesión de Línea 1	Contrato de Concesión de Muelle Sur
<p><b>“Endeudamiento Garantizado Permitido</b>  <i>Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o préstamo de dinero de cualquier Acreedor Permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto de este Contrato, incluyendo cualquier renovación, reprogramación o refinanciamiento de tal endeudamiento, conforme a lo previsto en la Cláusula 11.2”.</i></p>	<p><b>Endeudamiento Garantizado Permitido</b>  <i>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. (...)”.</i></p>

259. Ambos contratos presentan cláusulas de contenido similar, donde el concepto de EGP comprende el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o préstamo de dinero de cualquier Acreedor Permitido o cualquier renovación, reprogramación o refinanciamiento de un EGP. El antecedente es que el Consejo Directivo no consideró ello como un impedimento para acceder a un EGP, a pesar de haber existido antes un financiamiento que no era un EGP. En esa línea, en el año 2014 se aprobó el Informe N°025-14-GRE-GAJ-OSITRAN que concluía: *“De la evaluación legal de los documentos contractuales vinculados a la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido, no se advierte observaciones sustantivas que ameriten formular alguna objeción legal de fondo sobre los mismos; sin embargo se está realizando sugerencias formales en los numerales 36 y 37 del presente informe.”* En ese escenario, las sugerencias formales que en su oportunidad se presentaron, en nada objetaron la posibilidad de acceder a un EGP habiendo antes contado con otro financiamiento que no fue a través de un EGP.
260. En tal sentido, la Presidencia de Consejo Directivo, en su Memorando N°0086-2024-PD-OSITRAN, ha considerado pertinente mantener la opinión técnica emitida en el año 2014,

aprobada por el Acuerdo de Consejo Directivo N°1746-522-14-CD-OSITRAN, conforme a la cual sí resulta factible solicitar un EGP, a pesar de que el anterior financiamiento no haya consistido en un EGP.

261. De lo expuesto se concluye que, a partir de una interpretación de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión de Muelle Sur, la lectura debería ser la siguiente:

*“Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos mediante un Endeudamiento Garantizado Permitido serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, debiendo entenderse que el término “serán destinados” establece la finalidad contemplada para tal financiamiento, no la temporalidad del mismo.”*

### III.8.3. Cláusula 13.4 – Cláusulas a ser incorporadas en contratos con terceros

#### **Posibilidad de no incluir las disposiciones contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión en los contratos de financiamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido con los Acreedores Permitidos**

262. En este punto, se busca dilucidar si los contratos suscritos por el Concesionario con los Acreedores Permitidos se encuentran sujetos a las disposiciones contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.
263. De acuerdo con el Concesionario, las disposiciones contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión no deben incluirse en los contratos de financiamiento de EGP pactados con los Acreedores Permitidos, bajo los siguientes fundamentos:

- Las cláusulas 10.6 y 15.17 del Contrato de Concesión establecen la posibilidad de que los contratos suscritos entre el Concesionario y los Acreedores Permitidos, en el marco de una operación de EGP, subsistan al plazo de vigencia del Contrato de Concesión, en efecto, según dichas cláusulas, en caso de caducidad del Contrato de Concesión, el Concedente tiene el derecho de asumir la posición contractual del Concesionario en los contratos celebrados entre este último y los Acreedores Permitidos.

En la interpretación resuelta mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2021-CD-OSITRAN, se concluyó que, dado el tratamiento específico que se le da a los Acreedores Permitidos, los contratos y garantías deben tener un plazo mayor al contrato de concesión sin que les sea aplicable dichas cláusulas.

- En virtud del principio de conservación del acto jurídico, el contrato debe ser interpretado de manera tal que las cláusulas contractuales tengan efectos. Por tanto, la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión debe ser interpretada sistemáticamente y de buena fe con el resto de las disposiciones del Contrato de Concesión, incluyendo las cláusulas 10.6 y 15.17 del Contrato de Concesión que se incluyeron sobre la base de que los contratos de financiamiento del EGP sobrevivirían a la terminación del Contrato de Concesión.
- Los literales b) y c) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión son legalmente inaplicables a un EGP pues el Concesionario sostiene que un EGP debe subsistir mientras el plazo de vigencia de un financiamiento no tiene relación alguna con el plazo de vigencia de la Concesión, y, porque el acreedor financiero no puede renunciar a acciones de responsabilidad contra el Concedente o el Regulador debido a que, bajo ley peruana, no tiene acción alguna contra ellos.
- La cláusula en cuestión se encuentra en una sección (Sección XIII) en la que se regula la relación con los socios, terceros y personal, por lo que, regula dichas relaciones y no aquellas con Acreedores Permitidos. La cláusula 13.4 del Contrato de Concesión no hace referencia a los Acreedores Permitidos, si se hubiese querido que dicha

cláusula aplique a los contratos suscritos con dichos actores, se hubiese incluido así en la redacción, ello, considerando que el Contrato de Concesión contiene una definición expresa para ellos.

- El literal a) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión conlleva la resolución de los contratos accesorios al Contrato de Concesión. Entonces, es claro que la intención de las partes es limitar la aplicación de esta sección a aquellas relaciones contractuales del Concesionario expresamente reguladas en la Sección XIII, dado que dichas relaciones son accesorias al Contrato de Concesión, mientras que un EGP no lo es.

264. El MTC, por su parte, considera que el Contrato de Concesión puede interpretarse en el sentido de que por encima de la regulación general prevalece la regulación específica, resultando razonable y viable una lectura que contenga una excepción a la aplicación de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión respecto a la resolución por caducidad de la concesión y a la limitación del plazo de vigencia, siempre y cuando el Concedente ejerza la prerrogativa de exigir al Concesionario que se establezca su derecho de asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad.
265. Y la APN manifiesta que el último párrafo de la cláusula 10.6<sup>21</sup> del Contrato de Concesión implica, para el caso del EGP, la imposibilidad de incluir los literales a) y b) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión en los contratos celebrados por el Concesionario con los Acreedores Permitidos, toda vez que, según el literal b) de la cláusula 10.10 del Contrato de Concesión, ante la imposibilidad de remediar una causal de resolución del Contrato de Concesión, el Concedente podrá ejercer su derecho a resolverlo, asumiendo las obligaciones frente a los Acreedores Permitidos.

### **Análisis**

266. Respecto de este punto, resulta pertinente mencionar que en el Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN, se manifiesta la conformidad de la Presidencia Ejecutiva respecto de del análisis contenido en el Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN; por lo que a continuación se procede a reiterar la posición de las Gerencias.
267. Al respecto, la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión estipula que:

**“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.**

---

<sup>21</sup> Cláusula 10.6 del Contrato de Concesión:  
**“AUTORIZACIÓN DE ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO**

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 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”.

*En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de los contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia sobre la Concesión.”*

[Énfasis agregado].

268. La cláusula materia de interpretación prescribe que: “*En todos los contratos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal (...)*” deben incluirse cláusulas que contemplen: (i) que la caducidad de la concesión conlleva la resolución de tales contratos por ser accesorios al primero, (ii) que el plazo de vigencia de los contratos en ningún caso exceda el plazo de la concesión, y (iii) la renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el Concedente, el Regulador y sus funcionarios. Así, quedan dentro de su alcance aquellos contratos celebrados con tres tipos de agentes: sus socios, terceros y personal, de manera que constituye una obligación del Concesionario incorporar en dichos instrumentos los pactos que el Contrato de Concesión le exige.
269. Un primer argumento planteado por el Concesionario es que los contratos con los Acreedores Permitidos no están dentro del alcance de los contratos celebrados con terceros, regulados por la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, debido a que ella se refiere específicamente a los contratos con el socio estratégico, con terceros cesionarios o adquirentes de la concesión y con su personal, en atención a la denominación y ubicación de las cláusulas 13.1 y 13.2, 13.3 y 13.5 a 13.10 del Contrato de Concesión, respectivamente. Al respecto, cabe resaltar que la cláusula materia de interpretación menciona tres tipos de agentes, sin precisar que el término “socios” aluda únicamente al “socio estratégico” y sin limitar el término “tercero” al “tercero cesionario o adquirente de la concesión”.
270. En este punto, es oportuno traer a colación el criterio de interpretación establecido en la cláusula 16.5<sup>22</sup> del Contrato de Concesión, según el cual los títulos indicados en dicho instrumento tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las partes. En ese sentido, conforme a las reglas de interpretación contenidas en el propio Contrato de Concesión, la sola denominación y ubicación de una cláusula no constituye un criterio válido para considerar que el término tercero se circunscriba al tercero cesionario o adquirente de la concesión; en consecuencia, corresponde desestimar el argumento indicado en el párrafo anterior.
271. Por otro lado, el Concesionario alega que los contratos con los Acreedores Permitidos no están dentro del alcance de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, toda vez que tales agentes cuentan con una definición en el Contrato de Concesión, por ende, solo se les puede hacer referencia bajo su denominación, siendo que no se hace referencia a los mismos (Acreedores Permitidos) en la cláusula 13.4.
272. Al respecto, corresponde a estas Gerencias señalar que, en efecto, los términos que han sido definidos en la cláusula 1.20 del Contrato de Concesión -como es el caso del término Acreedores Permitidos- forman parte del contenido de las cláusulas donde han sido mencionados, de manera que el sentido de una cláusula se completa con la lectura de la definición correspondiente. Sin embargo, lo que no resulta razonable es que la existencia de dicha definición contractual constituya un impedimento para que los Acreedores Permitidos sean aludidos, junto con otros agentes, usando un término que los designe por

<sup>22</sup> Cláusula 16.5 del Contrato de Concesión:

**“CRITERIO DE INTERPRETACIÓN**

(...)

16.5 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”.*

una característica que guardan en común, como es el caso de la condición de terceros respecto del vínculo establecido entre el Concesionario y el Concedente en virtud del Contrato de Concesión. En ese sentido, en el presente caso, no existe asidero contractual para excluir a los Acreedores Permitidos del término “tercero” utilizado en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión. Por tanto, se debe desestimar el argumento señalado en el párrafo precedente.

273. De lo hasta aquí expuesto, se advierte que los contratos con los Acreedores Permitidos se encuentran dentro del alcance de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, por lo que corresponde ahora dilucidar el sentido de dicha cláusula a efectos de determinar si existe algún escenario regido por el propio Contrato de Concesión, que resulte incompatible con la inclusión de los pactos exigidos por ella.
274. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que el numeral (iv) del literal f) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión dispone que el Concesionario es “(...) *una sociedad cuyo objeto social se circunscribe exclusivamente a la prestación de los Servicios contenidos en el Contrato de Concesión (...)*”; es decir, se trata de una sociedad de propósito especial cuyo objeto social se agotará cuando pierda el derecho de explotar la infraestructura que se le ha otorgado en concesión. Así lo dispone la cláusula 15.11 del Contrato de Concesión:

**“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.”**

[Énfasis agregado].

275. Conforme se advierte en la cláusula antes citada, las relaciones contractuales del Concesionario con terceros -comprendidas en la Sección XIII- se extinguirán cuando la concesión caduque, con la única salvedad de aquellos contratos que el Concedente, expresamente, haya decidido mantener en vigencia y asumido la posición contractual del Concesionario. En el caso de los contratos con los Acreedores Permitidos esta salvedad se sujeta a lo previsto en el último párrafo de la cláusula 10.6 y en la cláusula 15.17 del Contrato de Concesión, disposiciones específicas que se analizan a continuación.
276. En torno a la oportunidad para establecer el derecho del Concedente a asumir la posición contractual del Concesionario en caso de caducidad, el último párrafo de la cláusula 10.6 del Contrato de Concesión dispone que:

**“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].

277. Es decir, una vez iniciado el procedimiento de autorización del EGP, el Concedente cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles para exigir que los proyectos de contratos con los Acreedores Permitidos establezcan el derecho del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario. Transcurrido el plazo sin que el Concedente formule tal requerimiento, los contratos con los Acreedores Permitidos se sujetarán al régimen general de los contratos suscritos con terceros y, por ende, se extinguirán ante la

caducidad de la concesión, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15.11 en concordancia con el numeral (iv) del literal f) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.

278. Es importante anotar que, en el marco de la liquidación del Contrato de Concesión, la cláusula 15.17 estipula lo siguiente:

**“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].

279. De la cláusula citada se desprende que, en el contexto de la liquidación del Contrato de Concesión, el Concedente cuenta con un plazo máximo de un año para cancelar a los Acreedores Permitidos el saldo del EGP, teniendo como límite el Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de Caducidad (PMA); sin embargo, el propio Contrato de Concesión admite la posibilidad de que dicho pago se realice en un plazo diferente, siempre sujeto al límite del PMA.
280. En efecto, el segundo párrafo de la cláusula 15.17 del Contrato de Concesión prevé que el Concedente cancele el saldo del EGP bajos los términos y condiciones de los contratos con los Acreedores Permitidos, lo cual incluye el cronograma de pagos que el Concesionario se comprometió a respetar; ello, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: (i) que en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo de la cláusula 10.6 del Contrato de Concesión el Concedente hubiese exigido que se incluya su derecho a asumir la posición contractual del Concesionario en sus contratos con los Acreedores Permitidos, y (ii) que efectivamente hubiese ejercido el derecho a asumir la posición.
281. A partir de lo expuesto, queda claro que las relaciones contractuales del Concesionario con los Acreedores Permitidos se extinguirán cuando la concesión caduque, salvo que el Concedente haya decidido asumir la posición contractual del Concesionario. Para efectos de su decisión, corresponderá al Concedente evaluar si realizará el pago íntegro del saldo del EGP limitado al PMA en el plazo máximo de un año, o si asumirá la posición contractual del Concesionario y, como consecuencia de ello, cancelará ese saldo conforme al cronograma de pagos acordado por el Concesionario con los Acreedores Permitidos.
282. En este punto, debe tenerse en cuenta que la existencia de un saldo pendiente del EGP supone que el cronograma de pagos contemplado en los contratos del Concesionario con los Acreedores Permitidos excede la fecha de caducidad, situación que solo resulta admisible si tal caducidad se produce con anterioridad al vencimiento del plazo de vigencia de la concesión. En efecto, el Concesionario celebra los contratos de financiamiento y garantía sobre la base de su derecho a explotar la infraestructura concesionada, de esta manera, mediante los recursos provenientes principalmente de las tarifas por los servicios que presta, le permitirán asumir el pago de sus obligaciones financieras con los Acreedores Permitidos; de ahí que el derecho del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario emana de su necesidad de mantener la operatividad de los servicios concesionados ante la eventualidad de una terminación anticipada del Contrato de Concesión. Siendo así, la facultad reservada al Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario para mantener vigentes los contratos suscritos con los Acreedores Permitidos, no puede ser ejercida con posterioridad al plazo de vigencia de la concesión.

283. Sobre la base de lo expuesto, se advierte que la exigencia establecida en el literal a) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión -para que en los contratos con los Acreedores Permitidos se establezca que la caducidad de la concesión conlleva la resolución de tales contratos- resulta incompatible con la facultad del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario, en la medida que la caducidad se puede producir de manera previa al vencimiento del plazo de vigencia de la concesión. De ahí que, bajo una interpretación sistemática del literal a) de la cláusula 13.4 con las cláusulas 10.6, 15.11 y 15.17 del Contrato de Concesión, los contratos con los Acreedores permitidos no requieren la inclusión del pacto contemplado en dicho literal.
284. Diferente es el caso del literal b) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión toda vez que las obligaciones financieras del Concesionario con los Acreedores Permitidos deben ser solventadas principalmente con los recursos provenientes de las tarifas cobradas por la explotación de la infraestructura concesionada y, por tanto, deben ser pagadas con anterioridad a la terminación del plazo de vigencia del Contrato de Concesión. En tal sentido, la exigencia de un pacto que limite el plazo de los contratos de financiamiento y garantía para que en ningún caso exceda el plazo de la concesión sí es compatible con la facultad del Concedente de asumir la posición contractual del Concesionario por cuanto dicha cesión no podría configurarse con posterioridad al vencimiento del plazo de vigencia de la concesión.
285. En ese contexto, el pacto contemplado en el literal b) de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión puede ser plenamente exigido en los contratos del Concesionario con los Acreedores Permitidos, lectura que es consistente con una interpretación funcional del Contrato de Concesión pues no se está afectando la eficacia de las cláusulas que facultan al Concedente para asumir la posición contractual del Concesionario cuando ella resulta aplicable, esto es, siempre que la causal de caducidad se produzca antes del vencimiento del plazo de vigencia de la concesión.
286. Conforme se ha detallado líneas arriba, tanto el Concesionario como el MTC y la APN coinciden en señalar que la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión debe ser entendida en el sentido que los contratos con los Acreedores Permitidos no requieren la inclusión de ninguno de los acuerdos contemplados en los literales a) y b); no obstante, la diferencia en el análisis de ambos literales fluye del propio contrato, lo cual se sustenta además en la Sección III del Informe sobre la Distribución de Riesgos asignados a las partes en el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao Zona Sur, el cual contiene el análisis de los riesgos financieros del proyecto que deben ser asumidos por el Concesionario, en cuyo ítem referido al EGP y las garantías se especifica que en todos los casos de terminación anticipada del contrato se prevén los mecanismos para proteger a los Acreedores Permitidos.
287. De la revisión de los riesgos vinculados con la explotación se advierte que, efectivamente, en todos los casos de terminación anticipada el PMA se destina al pago del saldo a los Acreedores Permitidos; lo cual ratifica que la cesión de posición contractual -cuyo propósito es realizar ese pago usando el cronograma acordado por el Concesionario con tales acreedores- no podría configurarse con posterioridad al vencimiento del plazo de vigencia de la concesión.
288. Con relación al pronunciamiento emitido por el Ositrán a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2021-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 00087-2021-IC-OSITRAN; es pertinente aclarar que el ejercicio de la función interpretación responde al análisis realizado en cada caso concreto, lo cual varía dependiendo del texto contractual que a su vez responde a las condiciones en que deben ser ejecutados los proyectos concesionados.
289. Partiendo de esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que el mencionado antecedente versaba sobre el contrato de concesión suscrito por el Estado con la entidad prestadora

Aeropuertos del Perú S.A. bajo la modalidad cofinanciada, donde el Estado ha asumido la obligación de repagar las inversiones efectuadas por esa entidad durante el periodo remanente con un esquema de pago de hasta diez (10) años; obligación que podía generar -para ese caso en particular- una situación en la cual el Estado se encuentre obligado a pagar las inversiones realizadas hacia el final de dicho periodo excediendo el plazo de vigencia del contrato de concesión. En ese sentido, considerando que sobre estos pagos posteriores del Estado recaían las garantías de los contratos de financiamiento, la vigencia de estos contratos no podía verse limitada a la vigencia del Contrato de concesión.

290. En el caso en cuestión, el proyecto se ejecuta a través de una concesión bajo la modalidad autofinanciada, donde no se contempla el pago de un cofinanciamiento como respaldo del EGP; por el contrario, la obligación del Estado de pagar el saldo pendiente a los Acreedores Permitidos, limitado al PMA, se genera en un escenario de liquidación del Contrato de Concesión.
291. De otro lado, en relación con el argumento del Concesionario referido a que los contratos de financiamiento subsisten hasta que se pague el íntegro de la deuda, al margen de lo que ocurra con las garantías, no debe perderse de vista que limitar la vigencia de los contratos de financiamiento a la vigencia del contrato de concesión no incide en el cobro de la deuda al Concesionario por cuanto estos contratos de financiamiento contemplan los mecanismos para su ejecución, los cuales protegen el derecho de los Acreedores Permitidos de exigir el pago de la deuda pendiente al Concesionario. Inclusive, estos contratos prevén reglas de aceleración de pagos con el propósito de ejecutar la deuda de manera previa al vencimiento del plazo para el pago ante la ocurrencia de eventos que ponen en riesgo la titularidad de la concesión. En consecuencia, la exigencia de incluir el pacto contenido en el literal b) de la cláusula 13.4 en los contratos con los Acreedores Permitidos no limita su derecho de cobrar el íntegro de la deuda del Concesionario.
292. Por los fundamentos antes expuestos, es posible concluir que bajo una interpretación sistemática de la cláusula 13.4 con las cláusulas 10.6, 15.11 y 15.17, los contratos con los Acreedores Permitidos no requieren la inclusión del pacto contemplado en el literal a); tomando en cuenta el método de interpretación sistemática de las mismas cláusulas, el literal b) puede ser plenamente exigido en los contratos del Concesionario con los Acreedores Permitidos.
293. De acuerdo con lo señalado en el acto de inicio del presente procedimiento de interpretación contractual, en esa etapa inicial se identificaron al menos, dos posibles lecturas del Contrato de Concesión sobre este asunto:

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.

294. Sin embargo, luego de la evaluación de las opiniones recabadas durante el presente procedimiento y de las razones expuestas en el presente acápite, a partir de una interpretación sistemática de la cláusula 13.4 con las cláusulas 10.6, 15.11 y 15.17 del Contrato de Concesión se concluye que la lectura debería ser la siguiente:

*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 del pacto contemplado en el literal a) de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatible con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.*

#### IV. RESPECTO A LA CALIFICACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO COMO UNA MEDIDA DE EMERGENCIA

295. El literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público atribuye al Ositrán la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
296. De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del REGO, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán, 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<sup>23</sup>. Sin embargo, a la fecha de emisión del presente Informe Conjunto este Organismo Regulador no cuenta con el *quorum* exigido para que el Consejo Directivo sesione<sup>24</sup>, por lo que, conforme a lo señalado en el artículo 6 del ROF, no resulta posible que el presente Informe Conjunto pueda ser objeto de debate ni aprobación por el Consejo Directivo de Ositrán<sup>25</sup>.
297. De acuerdo con lo establecido en el numeral 10 del artículo 9 del ROF<sup>26</sup>, es función de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo con cargo a darle cuenta a este posteriormente.
298. Por su parte, la Disposición Específica N° 4 de las Disposiciones para la adopción de medidas de emergencia por parte de la Presidencia Ejecutiva, aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 0048-2023-PD-OSITRAN de fecha 9 de noviembre de 2023, señala, entre otros aspectos, que los informes que sustentan los asuntos a ser incorporados en la agenda deberán contener el *“análisis respecto a la determinación del asunto como una situación de emergencia, en el que se indiquen, entre otros, los elementos fácticos que sustenten la evaluación respectiva”*.

<sup>23</sup> Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del ROF, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

<sup>24</sup> Con fecha 22 de octubre de 2023, se hizo efectiva la renuncia de uno de los miembros del Consejo Directivo del Ositrán, lo que imposibilita contar con el *quorum* requerido para llevarse a cabo las sesiones de Consejo Directivo conforme con lo señalado en el artículo 6 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual dispone que el *quorum* de asistencia es de tres (03) miembros.

<sup>25</sup> Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán  
**“Artículo 6.- Del Consejo Directivo**  
(...)  
*El quórum de asistencia a las sesiones es de tres (3) miembros, siendo necesaria la asistencia del Presidente o del Vicepresidente para sesionar válidamente. Los acuerdos se adoptan por mayoría de los miembros asistentes. El Presidente tiene voto dirimente”*.

<sup>26</sup> ROF:  
**“Artículo 9.- Funciones de la Presidencia Ejecutiva**  
*Son funciones de la Presidencia Ejecutiva, las siguientes:*  
(...)  
*10. Adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta sobre dichas medidas en la sesión siguiente del Consejo Directivo;*  
(...)”.

299. Al respecto, de acuerdo con la definición planteada por la Real Academia Española, una emergencia es una situación de peligro o desastre que requiere atención inmediata<sup>27</sup>.
300. Corresponde, entonces, evaluar si la falta de aprobación del presente Informe Conjunto por parte del órgano competente calificaría como una situación de emergencia que justificaría la participación excepcional de la Presidencia Ejecutiva.

#### Argumentos del Concesionario

301. Mediante el Oficio N° 0389-2023-PD-OSITRAN la Presidencia del Ositrán comunicó al Concesionario la falta de *quorum* del Consejo Directivo del Ositrán para resolver las materias de competencia del Regulador, dejando a salvo el derecho del Concesionario de justificar si la respuesta a su solicitud califica como una medida de emergencia que pueda ser aprobada de forma excepcional por la Presidencia del Ositrán.
302. Por intermedio de la Carta DALC.DPWC.336.2023, DPWC solicitó que la Presidencia Ejecutiva se pronuncie sobre la materia discutida en el procedimiento de interpretación por tratarse, a su juicio, de una medida que califica como una de emergencia.
303. Según el Concesionario, la falta de pronunciamiento en el corto plazo por parte del Ositrán extendería el periodo de incertidumbre en cuanto a la estructura financiera del Proyecto que viene atravesando el Concesionario desde antes del presente procedimiento, lo cual genera que, en aras de continuar con la construcción del Proyecto, DPWC siga utilizando recursos propios, siendo que ello afecta financieramente la capacidad del Concesionario para continuar con sus actividades, generando un daño irreparable al no poder hacer uso del EGP establecido en el Contrato de Concesión. Según DPWC, el uso de recursos propios es financieramente más costoso para el Concesionario.
304. Asimismo, DPWC señala que la resolución del procedimiento de interpretación contribuirá a que, mediante EGP, se pueda financiar las obras restantes del proyecto y a reembolsar los recursos del Concesionario, lo cual reestablecerá la capacidad financiera para continuar con sus actividades en el marco del proyecto. En ese sentido, a juicio del Concesionario, la resolución es de suma importancia para la ejecución de dichas actividades, cuya relevancia para el interés público resulta evidente en tanto se enmarca en una concesión cuya finalidad es otorgar un servicio que será de beneficio nacional.
305. Complementariamente, según DPWC, el resultado de esta interpretación tiene importantes consecuencias económicas para el Concesionario y para el interés público, las cuales, a su vez, pueden verse afectadas en función del tiempo que tarde en resolverse. Así, el sentido de la interpretación del Contrato de Concesión podría derivar en consecuencias favorables para el Concesionario, vinculadas a la eventual aprobación de un EGP.
306. A través de su Carta DALC.DPWC.162.2024, DPWC reitera sus argumentos para considerar la decisión a emitirse en el marco del procedimiento de interpretación como una medida de emergencia, indicando adicionalmente que a diferencia de otros procedimientos de oficio que suelen estar dirigidos a la emisión de una decisión restrictiva o limitativa de derechos, en este caso el procedimiento tiene como objetivo determinar la forma correcta de interpretar el Contrato de Concesión, lo cual podría derivar en consecuencias favorables para el Concesionario vinculadas con la eventual aprobación de un Endeudamiento Garantizado Permitido.

#### Análisis

307. El financiamiento de la ejecución de Obras de la Fase 2 del proyecto ha sido acreditado por el Concesionario ante el Concedente, de conformidad con la obligación establecida en

---

<sup>27</sup> Ver [<https://dle.rae.es/emergencia>]. Último acceso: 21 de junio de 2024.

la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión, por lo que las Obras de la Fase 2 cuentan con disponibilidad de recursos para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras.

308. Según el Concesionario, la falta de pronunciamiento por parte del Ositrán conlleva a que DPWC siga utilizando recursos propios, lo cual afecta su capacidad financiera para la ejecución de sus demás actividades vinculadas con el Contrato de Concesión. Sobre el particular, si bien el Concesionario no ha presentado evidencia respecto a la efectiva afectación en el ámbito financiero de la empresa, se considera que la demora en la expedición de una decisión final en el procedimiento de interpretación podría afectar al Concesionario, pues la incertidumbre que genera esa falta de determinación podría afectar su capacidad para tomar decisiones y adoptar acciones relacionadas a su situación financiera.
309. Por otro lado, es importante mencionar que, en este punto, no se tiene certeza de cuándo podría alcanzarse el *quorum* requerido para la conformación del Consejo Directivo del Ositrán, por lo que en estricto, en caso de que no exista un pronunciamiento por parte de este Regulador respecto a la interpretación del Contrato de Concesión, se estaría limitando de manera indefinida la posibilidad del Concesionario de elegir, en el marco de lo previsto en el Contrato de Concesión, la mejor alternativa entre las decisiones que le es posible tomar en torno al proyecto.
310. En virtud de lo anteriormente expuesto, y atendiendo a la imposibilidad fáctica para sesionar del Consejo Directivo, lo que conlleva a una situación de emergencia identificada en el presente documento, se estima necesario someter a consideración de la Presidencia Ejecutiva la aprobación del presente Informe.

## V. CONCLUSIONES

311. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0023-2023-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 00074-2023-IC-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se dispuso 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.
312. En el marco del procedimiento de interpretación, el Concesionario, el MTC y la APN manifestaron su opinión sobre las cláusulas materia de interpretación contractual. Asimismo, el MEF y Proinversión atendieron las consultas que el Ositrán formuló relacionadas con el procedimiento de interpretación contractual.
313. El presente informe se emite en virtud de lo requerido por la Presidencia Ejecutiva mediante Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN; en aplicación supletoria de los numerales 6.8.8 y 6.94 de la Directiva del CD, de acuerdo con lo previsto por el numeral 11 de las Disposiciones aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 048-2023-PD-OSITRAN. La opinión técnica de la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos se encuentra contenida en el Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN.
314. Luego de la evaluación realizada en el transcurso del procedimiento de interpretación contractual, sobre la base de los fundamentos expuestos en el presente documento, los cuales recogen la posición manifestada por la Presidencia Ejecutiva a través Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN, se concluye que:
  - Con relación a las cláusulas 6.34 y 10.5 del Contrato de Concesión, la interpretación debe ser la siguiente:

*“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.”*

- En cuanto a la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión, la interpretación debe ser la siguiente:

*“Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos mediante un Endeudamiento Garantizado Permitido serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, debiendo entenderse que el término “serán destinados” establece la finalidad contemplada para tal financiamiento, no la temporalidad del mismo.”*

- En cuanto a la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, la interpretación debe ser la siguiente:

*“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 del pacto contemplado en el literal a) de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatible con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.”*

## VI. RECOMENDACIÓN

315. Se recomienda remitir a la Presidencia Ejecutiva del Ositrán el presente Informe Conjunto.

Atentamente,

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

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

Visado por  
Missael Álvarez Huamán  
Analista de Estudios Económicos II  
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

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

Número de Trámite: 2024141431

### Se adjunta:

- Memorando N° 0086-2024-PD-OSITRAN
- Proyecto de Resolución de Presidencia

Firmado por  
**TITO JIMÉNEZ CERRÓN**  
Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica (e)  
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por  
Christian Rosales Mayo  
Jefe de Asuntos Jurídico-Regulatorio y Administrativos (e)  
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por  
Martha Zamora Barboza  
Abogada Senior  
Gerencia de Asesoría Jurídica

## MEMORANDO N°0086-2024-PD-OSITRAN



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

CC : **RICARDO QUESADA ORÉ**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

**JAVIER CHOCANO PORTILLO**  
Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Asunto : 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  
**Artículo 29 del Reglamento General del Ositrán e inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán.**

Referencia : Informe Conjunto N° 00127-2024-IC-OSITRAN

Fecha : 03 de octubre de 2024

### **I. Objeto**

1. El presente documento tiene por objeto emitir observaciones al informe de la referencia (en adelante Informe Conjunto) que contiene la opinión de las gerencias que lo suscriben sobre la interpretación de las cláusulas 1.20.41, 6.34, 10.5 y 13.4 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, Contrato de Concesión Muelle Sur).
2. En los siguientes numerales se señalan puntualmente los aspectos contenidos en el Informe Conjunto respecto a los que la Presidencia del Consejo Directivo, no presenta observaciones, así como aquellos aspectos que a juicio de quien suscribe y bajo su absoluta responsabilidad, se presentan observaciones por lo que se solicita que éstos sean modificados, a fin que sean incorporados en un nuevo informe que deberá ser nuevamente elevado a este Despacho para la emisión de la resolución correspondiente que lo apruebe.

### **II. En lo que respecta al punto “II. ANTECEDENTES”**

3. En lo que respecta al punto “II. ANTECEDENTES” que va de los numerales 2 al 68, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de una descripción de los hechos del caso.

### **III. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. A. Marco Jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión”**

4. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. A. Marco Jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión” que va de los numerales 70 al 93, no se presentan observaciones, por cuanto se trata del establecimiento de la base legal, que es un ejercicio común en este tipo de resoluciones.

### **IV. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. B. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación”**

5. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. B. Las disposiciones contractuales objeto de interpretación” que va de los numerales 88 al 92, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de la enumeración de las cláusulas objeto del pedido de interpretación.

- V. **En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. C. Lecturas planteadas por la resolución que declaró el inicio de interpretación contractual”,**
6. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. C. Lecturas planteadas por la resolución que declaró el inicio de interpretación contractual”, numeral 93, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de un resumen de las lecturas posibles a analizar.
- VI. **En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS.D. Posiciones planteadas por DPW, el MTC y la APN”**
7. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS.D. Posiciones planteadas por DPW, el MTC y la APN” que va de los numerales 94 al 192, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de un recuento meramente descriptivo de las posiciones presentadas.
- VII. **En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. E. Consultas formuladas a Proinversión”.**
8. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. E. Consultas formuladas a Proinversión” que va de los numerales 193 a 205, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de un recuento meramente descriptivo de la posición presentada por Proinversión en respuesta a la consulta formulada.
- VIII. **En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. F. Consultas formuladas al MEF”**
9. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. F. Consultas formuladas al MEF” que va de los numerales 206 a 213, no se presentan observaciones, por cuanto se trata de un recuento meramente descriptivo de la posición presentada por Proinversión en respuesta a la consulta formulada.
- IX. **En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. F. Consultas formuladas al MEF”**
10. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. G. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación”, G.1. Cláusulas 6.34 y 10.5. Obtención del Endeudamiento Garantizado Permitido, que va de los numerales 214 a 266, se tienen los comentarios y observaciones que se describen en los siguientes numerales.
11. **Observaciones al numeral 214.** El numeral 214 del Informe Conjunto no guarda relación con el objeto de análisis establecido en el numeral 93 del mismo, que recoge lo señalado en el Informe N°00074-2023-IC- OSITRAN, aprobado por Resolución N°023-2023-CD-OSITRAN de fecha 10 de mayo de 2023, que dispuso el inicio del procedimiento de interpretación contractual identificando dos posibles lecturas, según se aprecia a continuación:
- “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.”*
12. En ambos casos, lo que se buscaba era identificar la temporalidad de la solicitud para la presentación de un Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante EGP), es decir si ya no podía realizarse luego de contar con un financiamiento acreditado o si por el contrario, en el Contrato de Concesión de Muelle Sur no se establecía una oportunidad específica, por tanto era este extremo el que debía ser el objeto de análisis.

13. Sin embargo, en el Informe de la referencia se plantea un objeto completamente distinto y ajeno a la temporalidad, pues tal como textualmente se señala en el numeral 214 se indica: *“En este punto , se busca dilucidar si, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, es posible solicitar y obtener un EGP y otorgar garantías para financiar la construcción de las Obras , cuando previamente se ha cumplido con la acreditación de recursos para la construcción de tales obras mediante una estructura de financiamiento distinta”.*
14. Es decir que el objeto ya no estaría referido a determinar la temporalidad, sino a determinar si es posible solicitar y obtener un EGP cuando previamente se ha utilizado una estructura de financiamiento distinta. Se rechaza este nuevo planteamiento recientemente presentado por las gerencias de línea que suscriben el informe, por cuanto no fue parte de la motivación considerada por el Consejo Directivo para determinar la existencia de ambigüedad que sustentase su decisión de dar inicio al procedimiento de interpretación. Adicionalmente podría considerarse que este cambio puede colocar en indefensión a las partes, al no haberles dado la oportunidad de presentar argumentos a favor o en contra de esta tercera posible lectura no considerada al inicio del procedimiento.
15. **Sobre la posibilidad de financiamiento con recursos propios.-** Coincidimos con lo señalado en el numeral 245 del Informe Conjunto, donde se señala que *“...el Contrato de Concesión en su cláusula 6.34 establece claramente que el financiamiento no solo se da por recursos externos (terceros), sino también por recursos propios (internos)...”.*
16. Ello se advierte claramente de la lectura del numeral (IV) de la cláusula 6.34. bajo comentario que establece

*“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 un plan de **financiamiento** que contenga la siguiente documentación según sea el caso:*

*(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.”*

17. **Sobre la posibilidad de que el concesionario pueda utilizar posteriormente un mecanismo distinto del financiamiento que presentó en la etapa de acreditación de fondos.-**Sobre este punto, coincidimos con la conclusión a la que se arriba en el numeral 237 del Informe Conjunto, donde se señala:

*“237. Por lo tanto, considerando que el riesgo de financiamiento fue asignado al Concesionario, de la lectura del penúltimo párrafo de la cláusula 6.34 del Contrato de Concesión se concluye que en dicha cláusula no existe una limitación contractual para que el Concesionario emplee un mecanismo de financiamiento distinto a aquel que presentó en la etapa de acreditación de fondos prevista en la misma cláusula contractual, siendo responsabilidad de este el contar siempre con los recursos necesarios para el desarrollo de la Etapa de Ejecución de las Obras, regla que no lo excluye del cumplimiento de las demás disposiciones contractuales.”*

18. En línea con lo señalado, de las dos lecturas planteadas cuando el Consejo Directivo decide dar inicio al presente procedimiento de interpretación, la lectura correcta sería la segunda, es decir:

*“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.”*

19. **Sobre la exigencia de haber optado por un Endeudamiento Garantizado Permitido anteriormente para recurrir a la figura del refinanciamiento.-** No nos encontramos de acuerdo con el desarrollo que realizan las gerencias que suscriben el Informe Conjunto desde el numeral 238 en adelante, para sustentar que existe en el Contrato de Concesión de Muelle Sur un parámetro impuesto por el propio contrato por el cual solo se puede obtener financiamiento a través de un EGP cuando no se ha obtenido un financiamiento previo, salvo que el financiamiento previo haya sido también un EGP.

20. El Informe Conjunto llega a esta conclusión a partir de la definición de lo que es un Endeudamiento Garantizado Permitido, conforme al Contrato de Concesión de Muelle Sur.

**“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.(...)”*

21. En nuestra opinión se trata de una cláusula destinada a definir qué se entiende por Endeudamiento Garantizado Permitido en el Contrato de Concesión de Muelle Sur y no está destinada a regular qué se entiende por refinanciamiento en dicho contrato, menos aún esta definición está destinada a establecer prohibiciones o requisitos en torno a la figura del refinanciamiento, considerando éste en su sentido más amplio como una posibilidad existente para todo contratante, pero que el propio contrato no ha definido, ni regulado.
22. En tal sentido, no es posible determinar a partir de la mencionada definición de EGP que en el Contrato de Concesión de Muelle Sur están prohibidos todos los refinanciamientos a menos que inicialmente se haya optado por la figura del EGP.
23. El significado que dan las gerencias que suscriben el Informe Conjunto solo sería posible si la redacción hubiese sido restrictiva, es decir no se usara la palabra “incluyendo” sino “limitando”. Incluir algo, no significa que todos los demás escenarios resulten prohibidos, sin duda cualquier dinero tomado de acreedores permitidos y/o su renovación serán denominados EGP, pero ello no limita que un EGP adquirido para refinanciar otro tipo de financiamiento anterior pierda necesariamente su condición de EGP.
24. La principal razón para sostener la posición que exponemos es basarnos en la literalidad de la propia cláusula, en un sentido que no estaba previsto originalmente que fuese materia de interpretación, atendiendo a que ya existe una posición anteriormente adoptada por el Consejo Directivo del OSITRAN en el año 2014, como se expondrá en el siguiente punto.

**X. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. G. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación”, G.2. Cláusula 1.20.41**

25. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. G. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación”, G.2. Cláusula 1.20.41. Definición del Endeudamiento Garantizado Permitido”, que va de los numerales 267 a 349, se tienen las observaciones que se mencionan en los siguiente numerales.

26. Se observa que toda la argumentación contenida en este acápite del Informe Conjunto se encuentra destinada a un objeto distinto al que originó el inicio del procedimiento de interpretación. En el punto 271, las Gerencias señalan: “Considerando que el objeto de la interpretación es determinar si mediante el EGP se pueden reembolsar recursos propios destinados para la ejecución de las Obras, corresponde traer a colación la regulación especial del EGP en el Contrato de Concesión.”
27. En realidad el objeto de la interpretación nunca estuvo referido a determinar si mediante un EGP se pueden reembolsar recursos propios, sino a determinar a través de la lectura de las cláusulas contractuales identificadas en el inicio del proceso de interpretación si era posible que los fondos obtenidos a través de un EGP deban ser utilizados para financiar el objeto del contrato con posterioridad a la aprobación de dicho endeudamiento o si siempre podrían ser destinados al objeto del contrato.
28. La principal razón para que no sea necesario hacerse la pregunta sobre si un el EGP puede reembolsar recursos propios es que ya el Consejo Directivo en una anterior oportunidad adoptó un criterio sobre este aspecto al momento de pronunciarse sobre un EGP en un contrato de concesión semejante al Contrato de Concesión de Muelle Sur, dando opinión favorable a que se otorgue un financiamiento a través de un EGP donde antes había existido un financiamiento con recursos propios.
29. En efecto, en el Contrato de Concesión del Sistema Eléctrico del Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, (en adelante Contrato de Concesión de Línea 1) se adoptó el Acuerdo N°1746-522-14-CD-OSITRAN de fecha 16 de setiembre de 2014, donde se aprobó el Informe 025-14-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 12 de setiembre de 2014, en el que textualmente se señala en el numeral 63 del mismo: “Tomando en consideración los documentos remitidos por el Concesionario mediante carta METRO/OSITRAN/619/2014, el presente financiamiento tiene como principal objetivo el prepago de la deuda subordinada que mantiene G y M FERROVÍAS con un empresa vinculada”.
30. Al respecto se advierte que el acuerdo de Consejo Directivo adoptado en el año 2014 que citamos, se pronuncia sobre el alcance del EGP en un escenario similar al que se presenta en el Contrato de Concesión de Muelle Sur bajo análisis, es decir el Consejo Directivo otorga una opinión favorable sobre un EGP que buscaba cubrir una deuda contraída no a través de otro EGP, sino una deuda que se mantenía con una empresa vinculada.
31. Debe hacerse notar que la cláusula del Contrato de Concesión de Línea 1, la cual define el concepto de EFP es similar a la cláusula que define al EGP en el Contrato de Concesión de Muelle Sur, como a continuación se evidencia.

<b>Contrato de Concesión de Línea 1</b>	<b>Contrato de Concesión de Muelle Sur</b>
<p><b>“Endeudamiento Garantizado Permitido</b>  <i>Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o préstamo de dinero de cualquier Acreedor Permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto de este Contrato, incluyendo cualquier renovación, reprogramación o refinanciamiento de tal endeudamiento, conforme a lo previsto en la Cláusula 11.2”.</i></p>	<p><b>Endeudamiento Garantizado Permitido</b>  <i>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. (...).”.</i></p>

32. A pesar de su contenido similar y de expresamente señalar ambas cláusulas que el concepto de EGP comprende el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o préstamo de dinero de cualquier Acreedor Permitido o cualquier renovación, reprogramación o refinanciamiento de un EGP, el Consejo Directivo no consideró ello como un impedimento para acceder a un EGP, habiendo existido antes un financiamiento que no era un EGP y aprobó el Informe N°025-14-GRE-GAJ-OSITRAN que concluye: *“De la evaluación legal de los documentos contractuales vinculados a la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido, no se advierte observaciones sustantivas que ameriten formular alguna objeción legal de fondo sobre los mismos; sin embargo se está realizando sugerencias formales en los numerales 36 y 37 del presente informe.”* Las sugerencias formales que en su oportunidad se presentaron, en nada objetaron la posibilidad de acceder a un EGP habiendo antes contado con el financiamiento de una empresa vinculada y no con un EGP.
33. Del informe aprobado mediante Acuerdo N°1746-522-14-CD -OSITRAN se advierte que el criterio empleado por el Consejo Directivo en el año 2014 no coincide con la opinión de las Gerencias que suscriben el Informe Conjunto, que en el numeral 287 señalan: *“(…) si las Obras se hubieran financiado a través de un mecanismo distinto al EGP, no resulta factible solicitar posteriormente un EGP, en la medida que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 1.20.41, solo se puede renovar o refinanciar vía EGP a un EGP previo.”*
34. En este punto, consideramos que debe mantenerse la opinión técnica aprobada por el Acuerdo de Consejo Directivo N°1746-522-14-CD-OSITRAN, conforme a la cual sí resulta factible solicitar un EGP, a pesar que el anterior financiamiento no haya consistido en un EGP.
35. No son explícitas las motivaciones que llevan al Consejo Directivo a tomar la decisión adoptada, razón por el cual no es posible determinar exactamente en qué radica la justificación para la diferencia de criterios existente entre la decisión del Consejo Directivo en el año 2014 y la posición presentada por las Gerencias en el Informe Conjunto.
36. Las Gerencias si han sido explícitas en su justificación, por ejemplo en el numeral 272 del Informe Conjunto, señalan que según la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión de Muelle Sur se puede acceder a un EGP como financiamiento o como refinanciamiento o renovación de un EGP anterior, lectura en la que coincidimos, porque es prácticamente una explicación basada en la literalidad de la cláusula.
37. Sin embargo, no podemos dejar de anotar que no existe en el Contrato de Concesión de Muelle Sur una definición de “refinanciamiento” que delimite los requisitos para acceder al mismo, restringiendo así la determinación del escenario en que deba operar, además tampoco podemos dejar de mencionar que finalmente todo refinanciamiento es también un financiamiento y por tanto se debe regir por los mismos principios legales o acuerdos contractuales.
38. De otra parte, no coincidimos con los otros matices que le dan las Gerencias que suscriben el Informe Conjunto, en las innumerables oportunidades en las que en las que en dicho documento se procede a explicar el contenido de la Clausula 1.20.41. Podemos concretamente citar el numeral 303 del Informe Conjunto, cuando a modo de recuento se señala que la Clausula 1.20.41. establece dos escenarios: *“(i) que se solicite un EGP como financiamiento para un objetivo específico, siendo necesario que para el mismo objeto no exista un financiamiento previo, y (ii) que se solicite un EGP como refinanciamiento o renovación de un EGP previo, siendo por tanto esta operación única que excluye cualquier otro tipo de operación financiera, independientemente de la denominación.”* Decir que para proceda un EGP para un objetivo específico, es necesario que para el mismo objeto no haya existido un financiamiento previo no es una indicación que obre en la redacción de la cláusula comentada, por tanto, incluir esa afirmación como parte del Contrato de Concesión de Muelle Sur sería integrar el mismo, aspecto que no

es el propósito de una interpretación, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las partes de un contrato de concesión. A mayor abundamiento, ello se encuentra expresamente se ha indicado en el numeral 86 del Informe Conjunto, donde se señala que la integración no es el propósito de la interpretación contractual, pues esta no tiene como fin integrar disposiciones no contempladas en dicho contrato o cubrir vacíos contractuales, porque ello excede el marco legal vigente y las competencias de este Organismo Regulador.

39. En este punto, concluimos señalando que nos encontramos de acuerdo con la primera parte de la conclusión contenida en el numeral 349 del Informe Conjunto en el extremo que señala que a partir de una interpretación de la cláusula 1.20.41 del Contrato de Concesión de Muelle Sur se concluye que la lectura debería ser la siguiente:

*“Según la cláusula 1.20.41, los fondos obtenidos mediante un Endeudamiento Garantizado Permitido serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión, debiendo entenderse que el término “serán destinados” establece la finalidad contemplada para tal financiamiento, no la temporalidad del mismo.”*

40. En cambio, no nos encontramos de acuerdo con señalar adicionalmente que solamente se puede acceder a un EGP siempre que no haya existido un financiamiento previo o si existió este financiamiento previo tenga que haber sido necesariamente un EGP, pues estas condicionantes no están expresamente contenidas en la Clausula 1.20.41. del Contrato de Concesión de Muelle Sur y se apartan del criterio seguido en el Acuerdo de Consejo Directivo N°1746-522-14-CD-OSITRAN, conforme al cual sí resulta factible solicitar posteriormente un EGP, a pesar de que el anterior financiamiento no haya consistido en un EGP, criterio que consideramos se debe mantener en resguardo del principio de predictibilidad que debe existir en las decisiones de la administración.

**XI. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. G. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación”**

41. En lo que respecta al punto “III. ANÁLISIS. G. Evaluación de las estipulaciones contractuales objeto de la interpretación”, G.3. Cláusula 13.4 – Cláusulas a ser incorporadas en contratos con terceros, tal como señalan las Gerencias que suscriben el Informe Conjunto, en este punto, se busca dilucidar si los contratos suscritos por el Concesionario con los Acreedores Permitidos se encuentran sujetos a las disposiciones contempladas en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.

42. En este punto, nos encontramos de acuerdo con la conclusión a la que arriban las Gerencias en el Informe Conjunto, en el sentido de considerar que a partir de una interpretación sistemática de la cláusula 13.4 con las cláusulas 10.6, 15.11 y 15.17 del Contrato de Concesión de Muelle Sur se concluye que la lectura debería ser la siguiente:

*“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 del pacto contemplado en el literal a) de la cláusula 13.4; ello, por resultar incompatible con la facultad reservada al Concedente de mantenerlos vigentes y asumir la posición contractual del Concesionario, de conformidad con la cláusula 15.11.”*

XII. **Respecto a la calificación de la aprobación del presente procedimiento como una medida de emergencia**

43. Respecto a la calificación de la aprobación del presente procedimiento como una medida de emergencia, nos encontramos de acuerdo con lo indicado por las Gerencias que suscriben el Informe Conjunto.

Atentamente,

Firmado por  
**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidente del Consejo Directivo  
Presidencia Ejecutiva

c.c. **MARÍA CRISTINA ESCALANTE MELCHORS**  
Secretaria de Consejo Directivo

NT. 2024124632