

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 23 de enero de 2019

N° 0003-2019-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 0005-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), de fecha 17 de enero de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 07 de setiembre de 2017, el Estado de la República del Perú, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el "MTC" o el "Concedente"), y la Concesionaria Hidrovía Amazónica S.A. (en lo sucesivo, el "Concesionario" o "COHIDRO"), suscribieron el Contrato de Concesión del proyecto "Hidrovía Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón", (en adelante, el "Contrato de Concesión");

Que, mediante Oficio N° 5486-2018-MTC/25 del 10 de diciembre de 2018, la Dirección General de Concesiones en Transportes (en adelante, "DGCT") del MTC, solicitó ante OSITRAN la interpretación de lo establecido en el primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión, en mérito a lo establecido en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM1 (en adelante, "REGO");

Que, en el Informe de Visto se han advertido dos posibles lecturas del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión:

- i) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos, previamente a la remisión de los mismos al Regulador, lo que implica que el plazo de noventa (90) días (para remitir dichos reglamentos aprobados al Regulador), incluye el plazo de aprobación de los reglamentos por parte del Concedente; o,
- ii) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos del Concesionario, para su entrada en vigencia y aplicación; siendo que el plazo de noventa (90) días, es un plazo solo para que el Concesionario remita los reglamentos a OSITRAN.

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

¹ **"Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión**

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, así como 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, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares."

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 29/01/2019 10:22:49 -0500

Visado por: SAN ROMAN LUNA
Fredy FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 25/01/2019 13:38:23 -0500

Visado por: ARTOLA GRADOS
Jorge Hernan FIR 10540923 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 24/01/2019 16:07:17 -0500

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

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

Que, conforme a lo establecido por los mencionados Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N°660-2019-CD-OSITRAN de fecha 23 de enero de 2019, y sobre la base del Informe Conjunto N°0005-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer el inicio de interpretación del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión del proyecto "Hidrovia Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón".

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0005-2019-IC-OSITRAN (GSF- GAJ), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, y a la concesionaria Hidrovia Amazónica S.A., para que en el plazo de diez (10) días hábiles presenten su posición al respecto con la fundamentación documental correspondiente.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N°0005-2019-IC-OSITRAN (GSF- GAJ), en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

INFORME CONJUNTO N° 0005-2019-IC-OSITRAN

(GSF-GAJ)

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

Asunto : Inicio del procedimiento de interpretación del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión del Proyecto “Hidrovia Amazónica”, referida a la presentación de Reglamentos Internos, presentada por el Concedente

Referencia : Oficio N° 5486-2018-MTC/25

Fecha : Lima, 17 de enero de 2019

 Firmado por: SAN ROMAN LUNA
Freddy FAU
0040289845 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/01/2019 16:29:55 -0500

 Firmado por: ARTOLA GRADOS
Jorge Hernán FIR
10540923 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/01/2019 16:39:19 -0500

I. OBJETO

1. El objeto del presente informe es analizar el inicio del procedimiento de interpretación solicitado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “MTC”) del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión del proyecto “Hidrovia Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón”, (en adelante “Contrato de Concesión”) referida a la presentación de Reglamentos Internos.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 07 de setiembre de 2017, el Estado de la República del Perú, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el “MTC” o el “Concedente”), y la Concesionaria Hidrovia Amazónica S.A. (en lo sucesivo, el “Concesionario” o “COHIDRO”), suscribieron el Contrato de Concesión del proyecto “Hidrovia Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón”, (en adelante, el “Contrato de Concesión”).
3. Mediante Oficio N° 5486-2018-MTC/25 del 10 de diciembre de 2018, la Dirección General de Concesiones en Transportes (en adelante, “DGCT”) del MTC, solicitó ante OSITRAN la interpretación de lo establecido en el primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión, en mérito a lo establecido en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM¹ (en adelante, “REGO”).

III. ANÁLISIS

4. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

¹ **“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión**

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, así como 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, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.”

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ
Antonio Michael FIR 03481356 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/01/2019 16:35:43 -0500

Visado por: CHUMACERO ASENCION
Evelyn Edith (FIR40053031)
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/01/2019 16:22:52 -0500

- A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- B. Distintas lecturas respecto de los alcances del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

- 5. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917², otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- 6. Asimismo, el artículo 29º del Reglamento General del OSITRAN, 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 Infraestructura³. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina 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.
- 7. Por su parte, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), precisa que OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.
- 8. De esta forma, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente y los Lineamientos de OSITRAN.
- 9. En ese orden normativo, en cumplimiento de una de las funciones principales atribuidas a este Organismo Regulador, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar, de oficio o a pedido de parte o de terceros legitimados, el Contrato de Concesión.

² **Ley N° 26917.-**

"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.***

(...)."

³ Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (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.

B. Distintas lecturas respecto de los alcances del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión

10. En el primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

“REGLAMENTOS INTERNOS

8.8. Los reglamentos deberán ser aprobados previamente por el CONCEDENTE. El CONCESIONARIO, deberá remitir al REGULADOR un ejemplar de los reglamentos internos señalados en los literales siguientes, en un plazo no mayor de noventa (90) Días Calendario, contados a partir de la Fecha de Suscripción del presente Contrato:

- a) Reglamento de procedimientos operativos, incluyendo:
 - i) Procedimientos para la recaudación,*
 - ii) Procedimientos para la supervisión y el control de calidad.**

- b) Reglamento sobre la atención de accidentes y emergencias.
(...)”*

11. Mediante Oficio N° 5486-2018-MTC/25 de fecha 10 de diciembre de 2018, el MTC solicitó la interpretación de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión, argumentando lo siguiente:

“(…)”

Al respecto, precisamos a su despacho que, a la fecha, dichos Reglamentos Internos aún no cuentan con la aprobación por parte de este Ministerio, debido a que consideramos pertinente que en el presente caso el OSITRAN realice una interpretación de la mencionada cláusula 8.8 del Contrato de Concesión, en atención a los siguientes argumentos:

- (i) La cláusula 8.8 del Contrato de Concesión no precisa si el Concesionario debe remitir los Reglamentos Internos al Regulador solo para conocimiento o para que emita la opinión correspondiente en el marco de sus competencias. Cabe tomar en consideración que dichos reglamentos regulan actividades vinculadas a las competencias del OSITRAN.*

- (ii) La cláusula 8.8 del Contrato de Concesión no regula un plazo específico para la aprobación de los Reglamentos Internos por parte del Concedente, a diferencia de otros Contratos de Concesión en materia de Transportes, los cuales sí regulan plazos específicos de aprobación por parte del Concedente. En vista de dicha omisión consideramos que en el presente caso el Concedente debe contar con un plazo adicional distinto a los (90) noventa días calendario otorgados al Concesionario. Asimismo, en caso el OSITRAN, luego de la interpretación contractual que realice, determine que el Regulador debe emitir opinión técnica de manera previa a la aprobación de los Reglamentos Internos, esta entidad debería contar también con un plazo adicional distinto a los (90) noventa días calendario otorgados al Concesionario y distinto también al plazo que se le otorgue al Concedente.*

- (iii) La cláusula 8.8 del Contrato de Concesión no regula una oportunidad específica para que el Concedente apruebe los Reglamentos Internos, es decir, al indicar “deberán ser aprobados previamente por el CONCEDENTE”, no precisa previamente a qué actividad o evento deben ser aprobados. En vista de ello, caben interpretaciones como, por ejemplo, que el Concedente debe aprobar dichos Reglamentos Internos de manera previa a la explotación del proyecto, luego de emitida la opinión técnica correspondiente por parte del OSITRAN”.*

(Subrayado agregado)

12. De lo argumentado por el Concedente se advierte que el primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas:
 - i) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos, previamente a la remisión de los mismos al Regulador, lo que implica que el plazo de noventa (90) días (para remitir dichos reglamentos aprobados al Regulador), incluye el plazo de aprobación de los reglamentos por parte del Concedente; o,
 - ii) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos del Concesionario, para su entrada en vigencia y aplicación; siendo que el plazo de noventa (90) días, es un plazo solo para que el Concesionario remita los reglamentos a OSITRAN.
13. A partir de lo expuesto por el Concedente, se evidenciaría una ambigüedad del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión, lo cual justifica realizar un procedimiento de interpretación.
14. Por lo tanto, estas Gerencias consideran que a efectos de que el MTC continúe con el procedimiento de aprobación de los Reglamentos Internos, es necesario aclarar el alcance de la cláusula en mención, a fin de hacer posible su aplicación. En tal sentido, resulta necesario iniciar de oficio un procedimiento contractual, con el objetivo de esclarecer el alcance de primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión.
15. Cabe señalar que el Consejo Directivo de OSITRAN es el órgano con facultades para disponer el inicio del procedimiento de interpretación, de conformidad con el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM⁴, norma que le otorga a dicho Colegiado la facultad de pronunciarse sobre aspectos relacionados con la interpretación de Contratos de Concesión.
16. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio a dicho procedimiento de interpretación contractual, deberá informar su decisión al MTC y a COHIDRO, de acuerdo con el Principio de Transparencia establecido en el numeral 5.4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES

17. Del análisis realizado se advierte que el primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas:
 - i) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos, previamente a la remisión de los mismos al Regulador, lo que implica que el plazo de noventa (90) días (para remitir dichos reglamentos aprobados al Regulador), incluye el plazo de aprobación de los reglamentos por parte del Concedente; o,
 - ii) Que el Concedente debe aprobar los Reglamentos Internos del Concesionario, para su entrada en vigencia y aplicación; siendo que el plazo de noventa (90) días, es un plazo solo para que el Concesionario remita los reglamentos a OSITRAN.

⁴ **Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo**

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como 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;

V. **RECOMENDACIÓN**

18. Se recomienda poner en consideración del Consejo Directivo el presente informe, a fin de que dicho órgano colegiado, de estimarlo conveniente, disponga el inicio del procedimiento de interpretación del primer párrafo de la cláusula 8.8 del Contrato de Concesión.

Atentamente,

FREDY SAN ROMÁN LUNA
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JORGE HERNÁN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

NT N° 2019003675