



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

000203

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 02 de setiembre de 2016

Nº 114-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por APM TERMINALS CALLAO S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0060-2016-GSF-OSITRAN; el Informe Nº 087-16-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, "APMTC" o "el Concesionario") el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, mediante Informe Nº 0018-2016-JCP-GSF-OSITRAN de fecha 21 de enero de 2016, la Jefatura de Contratos Portuarios comunicó a la Jefatura de Fiscalización el hallazgo sobre el presunto incumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, referidas al nivel de servicio y productividad (NSP) para carga sólida a granel en general correspondiente al octavo trimestre de explotación (abril a junio de 2013);

Que, conforme se aprecia del mencionado Informe, la Jefatura de Contratos Portuarios señaló que en la medición efectuada sobre el octavo trimestre de explotación se obtuvo que la prestación del servicio alcanzó un promedio trimestral de 339,73 toneladas/hora; por lo que concluyó que: (i) el rendimiento promedio trimestral correspondiente a la prestación del Servicio Estándar para carga sólida a granel en general, se encontró por debajo del nivel de 400 toneladas/hora; (ii) estos hechos permiten establecer el presunto incumplimiento de las siguientes obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión: a) lograr cuando menos los niveles de servicio y productividad indicados en el Anexo Nº 3 para la prestación de los Servicios Estándar, obligación establecida en la Cláusula 8.21 del Contrato de Concesión; b) lograr para la carga sólida a granel un rendimiento promedio trimestral de 400 toneladas/hora, obligación establecida en el literal g) del numeral I del Anexo 3 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 18 de febrero del 2016, mediante Oficio Nº 0019-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización notificó al Concesionario el presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en la Cláusula 8.21, así como en el literal g) del numeral I del Anexo 3 del Contrato de Concesión, y le concedió el plazo de diez (10) días hábiles para formular sus descargos;

Que, a través de la Carta Nº 095-2016-APMTC/LEG, recibida el 01 de marzo de 2016, el Concesionario solicitó la ampliación del plazo para presentar sus descargos, lo cual fue concedido mediante Oficio Nº 0025-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificado el 03 de marzo de 2016;

Que, la empresa concesionaria APMTC mediante la Carta Nº 113-2016-APMTC/LEG del 10 de marzo de 2016, presentó sus descargos y solicitó se declare el archivo definitivo del procedimiento; asimismo, solicitó el uso de la palabra;

OSITRAN
Documento Autenticado

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Oscar William Pérez Veas
FEDATARIO
Reg. N.º 0052
Fecha: 13 SET 2016

Calle Los Negocios Nº182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

Que, la Jefatura de Fiscalización mediante Oficio N° 0075-2016-JFI-GSF-OSITRAN del 18 de mayo de 2015, notificó a la empresa concesionaria la programación de la diligencia de uso de la palabra, para el 24 de mayo de 2016;

Que, con Carta N° 256-2016-APMTC/LEG de fecha 24 de mayo de 2016, el Concesionario comunicó a OSITRAN que en lugar de asistir a la diligencia programada, remitía copia de la presentación expuesta por sus representantes en la diligencia de uso de la palabra del 10 de mayo de 2016 correspondiente a otros procedimientos administrativos sancionadores también vinculados con el incumplimiento del indicador de nivel de servicio y productividad para carga a granel en general, a fin de que pueda ser tomada en consideración para resolver el presente caso;

Que, mediante Memorando N° 0041-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 24 de mayo de 2016, la Jefatura de Fiscalización consultó a la Jefatura de Contratos Portuarios respecto a la diferencia existente entre el promedio trimestral al cual se hace referencia en el Informe de Hallazgos N° 0018-2016-JCP-GSF-OSITRAN y el Anexo N° 1 del mismo, para la estimación del posible beneficio obtenido por APMTC; en respuesta, la Jefatura de Contratos Portuarios informó a la Jefatura de Fiscalización a través del Memorando N° 0080-2016-JCP-GSF-OSITRAN de fecha 24 de mayo de 2016, la existencia de un error material en la Tabla 1 donde se reportó un valor diferente del reportado en el Anexo 1; y precisó que el valor correcto es el señalado en el Anexo N° 1, esto es 331.80 toneladas/hora;

Que, mediante Nota N° 0115-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2016, la Jefatura de Fiscalización sustentó la necesidad de iniciar un nuevo periodo de pruebas en el Procedimiento Administrativo Sancionador seguido en contra de APMTC;

Que, con Oficio N° 0082-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 31 de mayo de 2016, la Jefatura de Fiscalización notificó al Concesionario el error material consignado en la Tabla 1 del Informe N° 0018-2016-JCP-GSF-OSITRAN, indicándole el valor correcto del rendimiento alcanzado en el trimestre de explotación materia del procedimiento; asimismo, se indicó al Concesionario que la diferencia existente en el valor de rendimiento promedio trimestral de carga sólida a granel en general, no modifica el presunto incumplimiento imputado, en tanto que con el valor del rendimiento correcto tampoco se alcanzó el promedio trimestral de 400 toneladas/hora establecido en el Contrato de Concesión; y, en aplicación del Principio de Debido Procedimiento le otorgó al Concesionario el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus observaciones y descargos que considere pertinente;

Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0060-2016-GSF-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0083-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 28 de junio de 2016 mediante Oficio N° 297-2016-GSF-OSITRAN, se declaró que el Concesionario incumplió las obligaciones previstas en la cláusula 8.21 así como en el literal g) del numeral I del Anexo 3 del Contrato de Concesión, referidas a cumplir con los NSP para carga sólida a granel en general durante el octavo trimestre de explotación de la concesión (abril-junio 2013), configurándose la infracción tipificada en el numeral 12.2 del artículo 12 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; y se le impuso, a título de sanción, una multa de 450 UIT por el referido incumplimiento, la misma que deberá ser pagada de acuerdo al artículo 75° del Reglamento de Infracciones y Sanciones;

Que, con fecha 19 de julio de 2016, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0060-2016-GSF-OSITRAN, solicitando se declare fundado, se deje sin efecto dicho resolutivo y por consiguiente la sanción impuesta, en base a los siguientes argumentos:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

00020

- La resolución recurrida debe ser declarada nula, en tanto transgrede el principio de tipicidad recogido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que prescribe que sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas previstas expresamente, sin admitir interpretación extensiva o analógica, en tanto los hechos imputados en el presente caso no configuran los supuestos del tipo infractor.

En ese sentido, el apelante señala que en el presente caso la primera instancia no ha realizado un análisis de lo que debe entenderse por "condiciones o especificaciones técnicas de operación", lo cual ha conllevado a que la resolución recurrida, sin sustento alguno, afirme que los NSP previstos en el Contrato de Concesión califican como "condiciones de operación".

Asimismo, el Concesionario indica que el término "condiciones o especificaciones técnicas de operación" a que alude el artículo 12 numeral 12.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), se refiere a condiciones o especificaciones que se sustentan, en ambos casos, en aspectos de índole técnico. En tal sentido, el término "condiciones de operación" que ha sido utilizado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) para sancionarlo no es el correcto, por cuanto la lectura adecuada de la norma debería ser "condición técnica de operación", error que ha conllevado a que la resolución recurrida incurra en una interpretación extensiva.

- La GSF comete un error al señalar que si bien en el Contrato de Concesión no se contempla una penalidad para los incumplimientos derivados de los NSP para carga sólida a granel en general, ello no es impedimento para que, ante el mencionado incumplimiento, se aplique supletoriamente lo establecido en el RIS; con lo cual se habría vulnerado los principios de legalidad y de seguridad jurídica. A decir del apelante, esta afirmación de la primera instancia es equivocada porque de la lectura del Contrato de Concesión se puede determinar que la intención de las Partes ha sido la de imponer sólo penalidades por el incumplimiento de indicadores de servicio y calidad, por lo que si el incumplimiento de un NSP no tiene una penalidad, es porque las partes han estimado conveniente no castigar dicho incumplimiento. Esto, según el Concesionario, constituye una voluntad de las partes, que no puede ser desconocida aplicando supletoriamente el RIS; razón por la cual la GSF carecería de competencia para sancionar al Concesionario.
- El presente procedimiento sancionador se sustenta sobre información incorrecta, ya que a través del Informe N° 2154-14-GSF-OSITRAN del 31 de julio de 2014, la GSF consideró que el nivel de cumplimiento del octavo trimestre de explotación era 339.73 toneladas/hora; sin embargo, luego, mediante Oficio N° 0082-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización comunicó que el valor indicado constituye un valor erróneo, siendo el valor correcto del rendimiento de carga granel general para el mencionado periodo de 331.80 toneladas/hora. En tal sentido, considerando que el documento que determinó el inicio del procedimiento sancionador contiene errores en el cálculo de los indicadores, el presente procedimiento sancionador debe declararse nulo porque adolece de vicios.
- APMTC considera que la primera instancia no ha reparado en que el incumplimiento de alcanzar los NSP fue consecuencia de causas ajenas a su voluntad e imputables a los usuarios, producto de factores externos fuera de su control, derivados entre otros, por la deficiente estiba de la carga al interior de las naves, las particularidades propias de la carga, la capacidad logística de los usuarios y las medidas necesarias de seguridad; por tal motivo, la primera instancia habría vulnerado los principios de presunción de licitud y culpabilidad.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

OSITRAN
Documento Autenticado

Página 3 de 6

Oscar William Pérez Velásquez

Reg. N° 0053

Fecha: 13 SET. 2016

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima

Teléfono: (01)440.5115

www.ositran.gob.pe

- En lo que respecta al beneficio ilícito, el apelante señala que los criterios para su cálculo, contenidos en la resolución recurrida son incorrectos, toda vez que:
 - Una mayor eficiencia en los servicios brindados permite al concesionario reducir costos fijos y variables, y por ende genera beneficios económicos que pueden ser aprovechados por éste; por el contrario una demora en la prestación de dichos servicios impide aprovechar tales beneficios, por lo que APMTC tiene incentivos para incrementar la eficiencia de sus operaciones, no para reducirlas.
 - Las tarifas que se cobran a los usuarios por los servicios portuarios dependen de los costos efectivos para su provisión, no de la eficiencia o ineficiencia en su prestación.
 - La tasa de ocupación de los distintos muelles del TNM son bastante altas, por lo que cualquier demora en la atención de una nave, en lugar de beneficios, genera perjuicios, pues impide al Concesionario atender un mayor número de naves y prestar un mayor número de servicios.
 - El cálculo efectuado por el OSITRAN no tiene en cuenta los montos dejados de percibir por APMTC por el hecho de no disponer de la infraestructura portuaria para atender otras naves.

Que, la Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el día de su presentación, es decir, el 19 de julio de 2016;

Que, mediante Carta N° 454-2016-APMTC/LEG del 18 de agosto de 2016, el Concesionario solicitó el uso de la palabra, solicitud que fue concedida mediante Oficio N° 262-16-GG-OSITRAN del 19 de agosto de 2016, habiéndose llevado a cabo la audiencia el 23 de agosto de 2016 en las instalaciones de OSITRAN;

Que, en atención a lo solicitado por la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del Informe N° 025-16-GRE-OSITRAN de fecha 02 de setiembre de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) se pronunció sobre los argumentos esgrimidos por el Concesionario en torno a la cuantificación de la multa impuesta mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0060-2016-GSF-OSITRAN;

Que, a través del Informe N° 087-16-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica analizó y evaluó los argumentos del impugnante, consignados en su Recurso de Apelación, y concluyó, entre otros, lo siguiente:

- En torno al argumento del Concesionario de que en el presente caso se ha vulnerado el principio de tipicidad se debe señalar que, estando a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, la Ley del Sistema Portuario Nacional, su Reglamento, el Reglamento de Operaciones y la Metodología para la medición de los NSP, resulta evidente que los NSP previstos en el Contrato de Concesión son obligaciones que el Concesionario debe cumplir cabalmente durante las operaciones que se realicen en el terminal portuario. En ese sentido, las operaciones que el Concesionario lleva a cabo en el terminal, como parte de su derecho a explotar la Concesión, se encuentran condicionadas a que el Concesionario cumpla estrictamente los indicadores de servicio y productividad mínimos exigidos (NSP), caso contrario, será pasible de las sanciones a que hubiera lugar. Por lo tanto, los NSP califican

OSITRAN
Documento Autenticado

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima

Página 4 de 6

Oscar William Pérez Velásquez
REDATARIO

Reg. N° 0053 Fecha: 13 SET. 2016

Teléfono: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

000128

como condiciones de operación a que se refiere el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS, razón por la cual el argumento del apelante debe desestimarse.

- El argumento del Concesionario respecto a que las partes han descartado la posibilidad de aplicar sanciones frente al incumplimiento de un NSP que no tiene una penalidad, conllevaría a que el Concedente no cuente con mecanismos efectivos para incentivar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario, lo cual resulta incoherente. Asimismo, una lectura como la del Concesionario también sería contraria al principio de la buena fe contractual, previsto en el artículo 1362 del Código Civil, por cuanto se incentivaría a que el Concesionario incurra constantemente en trasgresiones al referido indicador, sin que su actuación, ajena al debido cumplimiento de sus obligaciones contractuales, reciba una consecuencia legal. Por tal razón, este argumento también se debe descartar.
- Respecto al error material configurado en el presente caso, cabe señalar que aun cuando la cifra correcta del nivel de rendimiento alcanzado por APMTC fue comunicada durante el procedimiento administrativo sancionador, ello no invalida la tramitación del mismo, toda vez que los 331.80 tn/h también se encuentran fuera del mínimo exigido por el Contrato de Concesión, y el referido valor fue puesto en conocimiento del Concesionario oportunamente a fin de que ejerza su derecho de defensa.
- En torno al argumento de que los incumplimientos de los NSP en el octavo trimestre no le fueron imputables, se debe precisar que el Concesionario es el único responsable de la gestión del terminal y, por tanto, de la planificación y organización de las operaciones que a su interior se realicen, por lo que el incumplimiento de los NSP fue consecuencia de una inadecuada gestión del terminal, hecho atribuible directamente al Concesionario al ser éste el que asume el riesgo operativo de la Concesión y el que responde frente al Estado por el incumplimiento de sus compromisos contractuales. En tal sentido, este argumento también deviene en infundado.
- Respecto al cuestionamiento del apelante sobre la forma en que se ha calculado el beneficio ilícito, la GRE sostiene que el beneficio ilícito calculado por la primera instancia corresponde en realidad a los ingresos obtenidos por el Concesionario por la prestación de un servicio con condiciones y características inferiores a las pactadas contractualmente, sin tomar en cuenta los costos incurridos para su prestación. Asimismo, concluyó que no es cierto que durante el trimestre bajo análisis se hayan registrado altas tasas de ocupación en los muelles del TNM que se encuentran facultados a atender carga sólida a granel en general. Estando a ello, la GRE calcula que el beneficio ilícito para el presente caso en realidad asciende a S/. 1 398 462,03; en tal sentido, el argumento del Concesionario resulta correcto en este extremo; por lo que se debe recalcular la multa impuesta por la primera instancia.
- En atención a lo expuesto, corresponde determinar el monto de la multa, por lo que considerando los agravantes y atenuantes del presente caso y el monto máximo aplicable de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del RIS, y en virtud del principio de prohibición de reforma en peor o "*reformatio in peius*", la multa impuesta al Concesionario debe ser de 450 UITs, monto que coincide con el aplicado por la primera instancia administrativa por lo que el recurso debe ser declarado infundado.

Que, tal como lo manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 087-16-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, OSITRAN aprobó el Reglamento de

Documento Autenticado

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima

Página 5 de 6

Oscar William Pérez Velásquez

FEDATARIO

Reg. N° 0053 Fecha 13 SET. 2016

www.ositran.gob.pe

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Organización y Funciones del OSITRAN, acordó que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado;

Que, luego de revisar el Informe de Vistos, la Gerencia General 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 por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias; el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

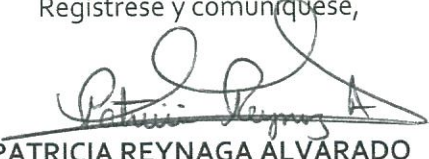
SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el Recurso Administrativo de Apelación presentado por APM TERMINALS CALLAO S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0060-2016-GSF-OSITRAN, por los fundamentos precedentemente expuestos; dándose por agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de APM TERMINALS CALLAO S.A. para el pago de la sanción establecida, de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 087-16-GAJ-OSITRAN, a la empresa APM TERMINALS CALLAO S.A.; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Regístrese y comuníquese,


PATRICIA REYNAGA ALVARADO
Gerente General (e)



Reg. Sal. GG. 31736-16



OSITRAN
Documento Autenticado

Oscar William Pérez Velásquez
FEDATARIO
Reg. N° 0053 Fecha: 13 SET. 2016