

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

EXPEDIENTE N° : 001-2013-CCO-OSITRAN

RECURRENTE : IMPALA PERÚ S.A.C.

EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 21 de febrero de 2014

VISTO:

El Expediente N° 001-2013-CCO-OSITRAN referido a la controversia iniciada por IMPALA PERÚ S.A.C. (en adelante, IMPALA o el usuario intermedio) en contra de APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT, el Concesionario o la entidad prestadora), empresa concesionaria en virtud del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, Contrato de Concesión); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES**

- 1.- IMPALA (antes CORMIN CALLAO S.A.C.) resultó adjudicataria de la subasta pública realizada por la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en lo sucesivo ENAPU), respecto del acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el Terminal Portuario del Callao, razón por la cual el 22 de diciembre de 2009 suscribieron un contrato de acceso (en adelante "el Contrato de Acceso").
- 2.- Con fecha 18 de abril de 2011, las partes suscribieron una Adenda al Contrato de Acceso, modificando el mismo a fin de incluir una cláusula sobre cesión de posición contractual, estableciendo que el Usuario Intermedio prestaba su consentimiento anticipado a la cesión de posición contractual de ENAPU a favor del adjudicatario de la buena pro del concurso convocado en el marco del proceso de promoción de la inversión privada del Terminal Norte Multipropósito del Callao. Asimismo, se indicó que efectuada la cesión de posición contractual, el Usuario Intermedio y el Adjudicatario o la Sociedad Concesionaria, acuerdan de manera expresa que el Contrato de Acceso se resolverá automáticamente una vez que el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao inicie operaciones.
- 3.- Con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao. El apéndice 1 del Anexo 19 del Contrato de Concesión incluyó al Contrato de Acceso en la relación de Contratos respecto de los cuales APMT de manera obligatoria, debe asumir la posición contractual de ENAPU. En este sentido, APMT asumió la posición contractual de ENAPU de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 19, así como lo señalado en las cláusulas 5.47 y 8.1 del Contrato de Concesión.

OSITRANORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 4.- Con fecha 1 de marzo de 2013, APMT solicita a OSITRAN la fijación tarifaria del Servicio Especial de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", siendo declarada dicha solicitud improcedente mediante Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN del 30 de abril de 2013. Dicha Resolución fue impugnada por APMT, siendo declarado infundado el recurso de reconsideración, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN del 1 de julio de 2013.
- 5.- El 15 de julio de 2013, APMT publicó un comunicado señalando que el cobro por la prestación del servicio de lavado de llantas entraría en vigencia el 16 de julio de 2013. Posteriormente, en el tarifario de APMT, en la sección "Precios por otros servicios y recargos" se establece que el cobro será de \$10.00 (Diez dólares de los Estados Unidos de América con 00/100) por cada vehículo que transporta minerales en el Muelle Norte.
- 6.- El 28 de octubre de 2013, IMPALA interpuso inicio de procedimiento de solución de controversia contra APMT, ante el Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en adelante, el CCO), solicitando que se ordene a APMT se abstenga de cobrar a los usuarios del Terminal Norte Multipropósito (Muelle Norte) por la prestación del servicio de lavado de llantas incluido en el documento denominado "Precios por otros servicios y recargos", por cuanto dicho cobro es ilegal por carecer de un título válido que lo sustente. IMPALA sustenta su solicitud en las siguientes consideraciones:
- i.- IMPALA resultó adjudicataria de la subasta pública realizada por ENAPU habiéndose suscrito un contrato de acceso, respecto del cual APMT asumió la posición contractual.
 - ii.- El contrato de acceso se suscribió tomando en consideración las disposiciones legales vigentes entre las que se encontraban los Decretos de Alcaldía N° 000016 y 000025 de la Municipalidad Provincial del Callao.
 - iii.- De acuerdo con el Decreto de Alcaldía N° 000016 del 6 de septiembre de 2001 se estableció que el terminal portuario del Callao deberá cumplir obligatoriamente con instalar un sistema de lavado a presión del vehículo que egresa del terminal, el mismo que contará con su correspondiente drenaje y poza de decantado para recuperar sólidos.
 - iv.- De acuerdo al Decreto de Alcaldía N° 000025 del 7 de noviembre de 1999, APMT debe cumplir con usar un sistema de barrido mecanizado que permita mantener permanentemente limpios los pisos de concreto por donde circulan los volquetes y cargadores frontales, evitando que el concentrado se pegue en las llantas.
 - v.- La cláusula octava inciso c) del Contrato de Acceso establece que APMT tiene la obligación de otorgar al usuario intermedio las facilidades administrativas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio especial de embarque de concentrados de minerales, de conformidad con las disposiciones y normatividad vigente.

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- vi.- De acuerdo con el Decreto de Alcaldía N° 000016, una de las facilidades administrativas que APMT debe otorgar a los camiones que realizan el servicio de embarque de minerales, consiste en la limpieza de las llantas, toda vez que dicha norma exige que en la prestación del servicio de embarque, los camiones sean lavados antes de dejar el puerto. Dado ello, el servicio de lavado de llantas es una facilidad que debe ser otorgada por APMT para que los camiones presten dicho servicio.
- vii.- Conforme al contrato de acceso, IMPALA asumió una serie de obligaciones que en principio, de acuerdo al Decreto de Alcaldía N° 000025, le correspondían al administrador portuario, tal como la limpieza de la infraestructura portuaria, para lo cual presentó un Plan de Limpieza en el que señala que finalizados los embarques y trabajos, las maquinas, barredoras y personal asignado efectuarán la limpieza de la losa.
- viii.- El ingreso de los camiones al Muelle Norte se da en el marco del contrato de acceso, el cual establece como única contraprestación el cargo de acceso, por lo que APMT sólo puede exigir dicho monto.
- ix.- APMT abusa del monopolio que ostenta para cobrar el servicio en cuestión, bajo el argumento de identificarlo como "servicio", estableciendo un precio desproporcionado por él.
- x.- Desde que APMT tomó posesión e inicio la operación del Muelle Norte, incumplió con el Decreto de Alcaldía N° 0000016, la cual era cumplida por ENAPU, dado que esta empresa brindaba el servicio de lavado de llantas y no cobraba a los usuarios por su prestación.
- xi.- Sin embargo, el 15 de julio de 2013, APMT publicó un comunicado dirigido a los usuarios en el que señalaba que el cobro por la prestación del servicio de lavado de llantas entraría en vigencia el 16 de julio de 2013. Ello ha quedado fijado en el tarifario de APMT, en particular en la sección "Precios por otros servicios y recargos" donde se establece el cobro se realizará a razón de \$10.00 (Diez dólares de los Estados Unidos de América con 00/100) por cada vehículo que transporta minerales en el Muelle Norte.
- xii.- Mediante Informe N° 024-13-GRE-GAL-OSITRAN, que dio sustento a la Resolución N°040-2013-CD-OSITRAN, se concluyó equivocadamente que no existe sustento legal que obligue a APMT contar con un sistema de lavado de llantas dentro de la infraestructura portuaria. El mencionado análisis resulta equivocado, toda vez que no tuvo en consideración lo señalado por el Decreto de Alcaldía N° 000016.
- 7.- El CCO con fecha 08 de noviembre de 2013, admitió la controversia formulada por IMPALA y corrió traslado a APMT, mediante Oficio Circular N° 024-13-STCCO-OSITRAN.
- 8.- APMT absolvió el traslado el 04 de diciembre de 2013, solicitando que el CCO desestime el pedido de IMPALA, sobre la base de los siguientes argumentos:

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- i.- De ninguna de las normas citadas por IMPALA se puede deducir que APMT no tiene el derecho a realizar el cobro por el lavado de llantas y/o carrocería externa, pues ninguna de ellas está destinada a establecer si el concesionario tiene derecho a realizar dicho cobro.
- ii.- No existe ninguna cláusula en el Contrato de Acceso en la que se mencione que el servicio de lavado de llantas debe ser asumido por APMT. Siendo así, los actos jurídicos deben interpretarse de acuerdo con lo que se ha expresado en ellos, y considerando que la declaración contractual no está destinada a regular el cobro por el servicio de lavado de llantas, no es posible, negar el derecho al cobro de dicho servicio a APMT.
- iii.- Respecto a que el Contrato de Concesión no sea título suficiente para el cobro, señalan que el cobro y su publicación se realizó en virtud de la decisión del Consejo Directivo de OSITRAN contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN, el cual vela por el cumplimiento de los contratos de concesión.
- 9.- Conforme a lo acordado por los miembros del CCO en el Acta N° 010-2013-CCO-OSITRAN, esta Secretaría Técnica solicitó información a ENAPU. Siendo así, el 18 de diciembre de 2013, mediante Oficio N° 537-2013-ENAPU S.A./GG, ENAPU remitió la información solicitada señalando lo siguiente:
- i.- Dentro del Contrato de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles suscrito entre ENAPU S.A. y CORMIN CALLAO S.A. (hoy IMPALA S.A.C.), no se estableció ningún pago por el servicio de lavado de llantas, pues ese contrato tenía por finalidad regular el acceso. Asimismo, antes de la suscripción del Contrato de Concesión, el costo por la prestación del servicio de lavado de llantas era asumido íntegramente por ENAPU.
- ii.- Antes del Contrato de Concesión y frente a la solicitud de prestación de cualquier otro usuario, por el mismo tipo de operación, el costo igualmente era asumido por ENAPU.
- 10.- El 08 de enero de 2014, se emitió la Resolución N° 002 citándose a las partes para la realización de la Audiencia de Conciliación y la Audiencia Oral, la primera tuvo lugar el 15 de enero de 2014 y asistieron los representantes de ambas partes, sin embargo no arribaron a ningún acuerdo conciliatorio. De otro lado, la Audiencia Oral se llevó a cabo el 29 de enero de 2014 y asistieron los representantes de IMPALA y APMT, quienes informaron oralmente, quedando la causa al voto.
- 11.- El 03 de febrero de 2014, APMT remitió sus alegatos finales en los cuales señala que en el Informe N° 024-13-GRE-GAL-OSITRAN no sólo indica que el concesionario no está impedido de cobrar por el servicio de lavado de llantas, sino también, de acuerdo con la sexta conclusión, dispone que el Concesionario ponga en conocimiento de los usuarios el monto del cobro por dicho servicio. Asimismo, señala que OSITRAN ha remitido a APMT diversas observaciones al tarifario v2.2.; debiendo mencionar entre otras, la del Oficio N° 090-2013-GRE-OSITRAN, pero ninguna de ellas ha estado relacionada con el cobro por el servicio de lavado de llantas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 12.- Mediante oficio circular de fecha 12 de febrero de 2014, se notificó a IMPALA y APMT el Oficio N° 537-2013-ENAPU S.A./GG, para sus comentarios.
- 13.- Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2014, APMT da respuesta a la comunicación referida en el párrafo anterior. IMPALA hace lo propio mediante escrito del 19 de febrero de 2014.

II.- CUESTION EN DISCUSIÓN

14.- Son cuestiones en discusión:

- i.- Determinar la procedencia de la controversia interpuesta por IMPALA contra APMT.
- ii.- Establecer si corresponde amparar la pretensión de IMPALA en el sentido de que APMT se abstenga de cobrar por el servicio de lavado de llantas a los camiones que transportan minerales a través del Muelle Norte, considerando que dicho cobro es ilegal por carecer de título válido que lo sustente.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA CONTROVERSIA

- 15.- El artículo 38° del Reglamento General de OSITRAN (en adelante REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, señala la competencia del CCO en los procedimientos de solución de controversias:

“Artículo 38.- Órganos Competentes para el ejercicio de las funciones de Solución de Controversias y Atención de Reclamos

Los Cuerpos Colegiados son competentes para resolver, en primera instancia, las controversias que se presenten entre dos Entidades Prestadoras. Del mismo modo, son competentes para resolver, en primera instancia, las controversias que se presenten entre una Entidad Prestadora y un Usuario intermedio, con relación al cumplimiento e interpretación de los Contratos de Acceso y Mandatos de Acceso.

(...)

Las normas sustantivas y procesales que rigen la solución de controversias y atención de reclamos, así como las materias que se someten a consideración de los órganos competentes, se definen en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias que apruebe el Consejo Directivo.”

- 16.- De esta norma se colige que el CCO es competente para resolver las controversias entre entidades prestadoras y usuarios intermedios relacionadas sobre la interpretación de contratos o mandatos de acceso.
- 17.- De otro lado, el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN (en adelante, el Reglamento), brinda mayores alcances sobre los procedimientos de solución de controversias y las competencias del CCO.

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

18.- El literal a) del artículo 1º del Reglamento define a la controversia como:

“a) CONTROVERSIA: El desacuerdo o conflicto de interés sobre asuntos de interés público, de hecho o de derecho del ámbito de competencia del OSITRAN que se suscite entre entidades prestadoras. También a aquellas que se susciten entre éstas y sus usuarios intermedios respecto del contrato o del mandato de acceso.

La controversia podrá referirse a cualquier asunto vinculado con el contrato o mandato de acceso, su aplicación o interpretación; la prestación del servicio esencial; la forma de uso de la facilidad esencial o los efectos que se deriven de dicha prestación o forma de uso, entre otros.

Dicho desacuerdo o conflicto podrá resolverse mediante Resolución del órgano competente del OSITRAN, con arreglo a los procedimientos establecidos en este reglamento; o mediante laudo arbitral con arreglo al procedimiento de arbitraje organizado por éste.”

19.- De la definición antes mencionada, y en línea con lo señalado por el REGO, toda controversia puede suscitarse entre dos entidades prestadoras o entre una entidad prestadora y un usuario intermedio. Los asuntos que se conocen en una controversia versan sobre acceso a infraestructura (contrato o mandato de acceso), así como la prestación del servicio esencial, el uso que se da a una facilidad esencial o los efectos que se deriven de dicha prestación o forma de uso.

20.- El artículo 2º del Reglamento complementa lo señalado en el numeral anterior indicando lo siguiente:

“Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en: (...)

c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN. (...)

21.- El referido artículo 2º debe ser leído de manera conjunta con los artículos 43º, 44º y 45º del Reglamento, los cuales lo desarrollan:

“Artículo 43.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de las controversias que se presenten entre Entidades Prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios, referidos en los literales c) y d) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento.

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

La controversia deberá estar referida a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales en el caso del literal c).

En el caso del literal d) la controversia deberá estar referida a asuntos de competencia resolutoria exclusiva de OSITRAN no incluidos en los literales a), b) y c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento.”

“Artículo 44.- Materia de las controversias previstas en el literal c) del numeral 1 del artículo 2

En el marco del literal c) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento y del artículo precedente, están comprendidas las controversias que versen sobre:

- a) El libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de infraestructura, en los casos en que exista más de una Entidad Prestadora operando en un tipo de infraestructura.*
- b) Tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o retribución derivado de los acuerdos entre Entidades Prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado.*
- c) El aspecto técnico de los servicios públicos materia de competencia del OSITRAN.*
- d) Cualquier desacuerdo relativo al contrato o al mandato de acceso, incluidas su aplicación e interpretación, que no hubiere podido ser resuelta por las partes.”*

“Artículo 45.-Materia de las controversias previstas en el literal d) del numeral 1 del artículo 2

En el marco del literal d) del numeral 1 del artículo 2 del presente Reglamento están comprendidas las controversias que versen sobre:

- a) El cumplimiento de disposiciones legales relativas a obligaciones ambientales, de salud o seguridad u otras vinculadas a la prestación de servicios esenciales o al funcionamiento del mercado de infraestructura bajo la supervisión del OSITRAN. (...).”*

22.- De la lectura de los artículos 1, 2, 43, 44 y 45 del Reglamento, así como del artículo 38 del REGO, podemos señalar que el CCO puede conocer las controversias que se presenten entre una entidad prestadora y un usuario intermedio. Dichas controversias pueden girar en torno a lo siguiente:

- i) Aspectos vinculados a condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales y el acceso a servicios que conforman las actividades de explotación de infraestructura;

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- ii) Desacuerdos relativos al contrato o mandato de acceso, lo que incluye su aplicación e interpretación, que no hubiese podido ser resuelta por las partes;
- iii) Cumplimiento de disposiciones legales relativas a obligaciones ambientales, de salud o seguridad vinculadas a la prestación de servicios esenciales.

23.- En el presente caso, IMPALA inicia un procedimiento de solución de controversias, alegando que APMT no debe exigirle el pago del servicio de lavado de llantas de vehículos que transportan minerales en el Muelle Norte, toda vez que el Decreto de Alcaldía N° 00016 de la Municipalidad Provincial del Callao la obliga a efectuar y asumir el costo de dicho servicio y, además, porque el contrato de acceso existente entre ellos no la faculta a cobrarlo.

24.- En ese sentido, teniendo en consideración que la pretensión de IMPALA se basa en aspectos relacionados con la existencia de un contrato de acceso a servicios esenciales (embarque de minerales) y con el cumplimiento de disposiciones normativas, corresponde declarar la procedencia de la solicitud.

III.2.- EVALUACIÓN DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

a) El contrato de acceso entre IMPALA y APMT

25.- El contrato de acceso entre APMT e IMPALA tiene como origen el contrato de acceso celebrado entre IMPALA y ENAPU de fecha 22 de diciembre de 2009. La posición contractual de ENAPU fue asumida por APMT, tal como lo establece las cláusulas 5.47¹, 8.1² del Contrato de Concesión.

26.- Conforme a lo dispuesto por la Cláusula Segunda del Contrato de Acceso, el objeto del mismo es que la entidad prestadora otorgue al usuario intermedio el acceso a la infraestructura portuaria a fin de que brinde el servicio esencial de embarque de carga consistente en concentrado de minerales en el Muelle Norte, mediante la utilización de una faja transportadora móvil, siendo las facilidades esenciales: el muelle N° 3, amarradero B, vías y áreas de tránsito interno y áreas de parqueo de equipos.

27.- IMPALA señala que la obligación de APMT de prestar el servicio de lavado de llantas se desprende de lo establecido en la cláusula octava inciso c) del Contrato de Acceso:

¹ Cláusula 5.47 En un plazo no mayor a cuarenta (40) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, la Sociedad Concesionaria deberá solicitar por escrito a ENAPU con copia al Concedente, la formalización de la cesión de posición contractual en los contratos designados en el Anexo 19, a los que efectos que la empresa realice, dentro de los 15 Días Calendario previos a la fecha de Toma de Posesión, la comunicación de fecha cierta a la que se refiere el artículo 1435 del Código Civil, a las respectivas contrapartes.

² Cláusula 8.1 (...)

Con relación a los contratos a los que se refiere en Apéndice 1 del Anexo 19, respecto de los cuales la Sociedad Concesionaria deberá asumir la posición contractual de ENAPU, vencido el plazo de vigencia establecido en cada uno de dichos contratos, la Sociedad Concesionaria y la respectiva contraparte determinarán, en el marco de las Leyes y Disposiciones Aplicables, la continuidad de la relación contractual.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

"En este contexto, habiéndose reconocido que los camiones son equipos necesarios para prestar el servicio de concentrados de minerales, APMT en el Contrato de Acceso asumió la obligación de otorgar las facilidades administrativas necesarias para que los camiones realicen sus actividades de acuerdo al marco legal vigente. En efecto, la cláusula octava inciso c) del Contrato de Acceso establece que APMT tiene la obligación de:

"Otorgar al Usuario Intermedio las facilidades administrativas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio esencial de embarque de concentrados de minerales, de acuerdo a las disposiciones y normatividad vigente".

Dentro de las facilidades administrativas que APMT otorga a los camiones para que éstos presten el servicio de embarque de minerales de acuerdo a la normatividad vigente se encuentra, precisamente, la de efectuar la limpieza de las llantas y carrocería. En efecto la normatividad vigente exige que en la prestación del servicio de embarque, los camiones sean lavados antes de dejar el Puerto. El servicio de lavado de llantas es una facilidad que debe ser otorgada por APMT para que los camiones presten dicho servicio."³

(...)

"Tal como señala el numeral 2 del artículo 4 del Decreto de Alcaldía N° 000016, la facilidad que debe implementar el Muelle Norte referida al sistema de lavado a presión debe estar disponible para la atención de 24 horas a vehículos que transportan concentrados de minerales en los periodos de embarque de dichos concentrados. Este es un requerimiento de las normas vigentes que APMT reconoció como suyo y que se obligó a cumplir en la cláusula octava inciso c) del Contrato de Acceso."⁴

28.- Tal como ha sido planteado el tema, y de acuerdo a las competencias de este CCO, se aprecia que entre las pretensiones de IMPALA está el que se efectúe la interpretación del contrato de acceso en lo relativo a la cláusula 8 literal c), a fin de determinar que APMT, en adición a lo dispuesto en el Decreto de Alcaldía 000016, contractualmente se obligó a prestar y asumir el costo del servicio de lavado de llantas.

29.- Como se ha dejado indicado precedentemente, el Cuerpo Colegiado ostenta facultades para resolver controversias derivadas de la aplicación o interpretación de contratos de acceso entre una entidad prestadora y un usuario intermedio.

30.- En ese sentido, a efectos de resolver el presente caso vía interpretación, se seguirán las siguientes reglas, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 36° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y

³ Página 8 tercer párrafo del escrito de IMPALA.

⁴ Página 13 tercer párrafo del escrito de IMPALA.

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

sus modificatorias, a los contrato de acceso se les puede aplicar disposiciones del derecho privado⁵:

a.1 Regla de Interpretación Literal

- 31.- Sobre el particular el artículo 168° del Código Civil dispone que *"El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."*
- 32.- Así, según esta regla, el punto de partida de cualquier interpretación es el texto mismo del contrato. Las partes encuentran seguridad en el texto conocido del contrato y por ello ese texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo señalado textualmente en el contrato.
- 33.- A tales efectos, Leyva Saavedra al referirse a la interpretación de los contratos indica que *"[l]a interpretación es así una tarea de indagación de la concreta "intención" de los contratantes, pero es también una tarea de atribución de "sentido" a la declaración"*⁶. Por ello, cuando se hace referencia a la concreta intención de los contratantes se está hablando de un método de interpretación meramente literal que busca el significado habitual de las palabras o textos empleados para los contratantes al declarar su voluntad.
- 34.- Esta regla ha sido recogida por el artículo 1361° del mismo cuerpo legal que regula los contratos en general, y establece que lo expresado en los contratos es de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, el legislador ha optado por el criterio objetivista como principal regla para interpretar los contratos, sin perjuicio de las excepciones que se presente en cada caso concreto. Para tal efecto, se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
- 35.- Por su parte, la buena fe no es sólo un criterio de interpretación que recoge el artículo 168° del Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes debe regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. En ese sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores. Siendo este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168° del Código Civil).
- 36.- Como puede advertirse, la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente declarado por las partes. Por ello, el contrato debe

⁵ REMA. Artículo 36.- Naturaleza del Contrato de Acceso.

Los Contratos de Acceso tienen naturaleza privada, y por tanto son aplicables a ellos las normas civiles y comerciales pertinentes. Al estar éstos referidos al uso de infraestructura de uso público, ello no enerva las facultades de OSITRAN para intervenir en la etapa previa a la celebración y supervisión de la ejecución de los mismos, de conformidad con el presente Reglamento. El hecho de que el Contrato de Acceso se haya celebrado en aplicación de un Mandato de Acceso, no enerva la aplicación de las normas de Derecho Privado a la relación jurídica resultante.

⁶ LEYVA SAAVEDRA, José. "Interpretación de los contratos". En: Revista de Derecho y Ciencia Política. Volumen 65. UNMSM: Lima. 2008. p. 162.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común.

- 37.- De otro lado, inmerso dentro de este principio se puede encuadrar el de conservación del acto, según el cual las cláusulas deben ser entendidas de tal manera que surtan efectos. Una interpretación según la cual una cláusula no puede ser aplicada porque no tiene ningún efecto, debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Asimismo, este principio hace referencia a que entre dos interpretaciones, se tiene que preferir aquella que implique que la Cláusula tenga una aplicación práctica, que sea útil.

a.2 Regla de Interpretación Sistemática

- 38.- La interpretación literal es sólo un inicio para el entendimiento de los derechos y obligaciones que se derivan de un contrato. En adición a ello, es importante conciliar lo señalado en tal o cual cláusula del contrato con los demás documentos que lo integran, esto es lo que se denomina interpretación sistemática.
- 39.- Al respecto, el artículo 169º del Código Civil dispone que *"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"*.
- 40.- Según el citado artículo, toda cláusula dudosa debe ser interpretada de forma que guarde consistencia con el resto del contrato. Es decir, una cláusula contractual no puede ser interpretada desvinculándola de las demás que conforman el contrato en su conjunto pues ello sería restringir el sentido que la misma adquiere en conjunto a las disposiciones que dan significado al contrato, evitando con ello las contradicciones que se puedan presentar por el hecho de interpretar una cláusula separada del conjunto. En ese sentido Emilio Betti (citado por Leyva Saavedra) sostiene que siendo el negocio un todo unitario debe ser interpretado en su totalidad⁷. En la misma línea, Messineo señala lo siguiente:

"(...) el contrato ha de considerarse como un todo coherente; y sus cláusulas han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto."

*Esto significa que cada cláusula, arrancada del conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y que solamente de la correlación armónica de cada una con las otras y de la luz que se proyectan recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas, tomadas en el conjunto. El contrato, en efecto, no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico"*⁸.

⁷ BETTI, Emilio. "Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos". Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

⁸ MESSINEO, Francesco. "Doctrina general del contrato". ARA Editores: Lima. p.540.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 41.- Así, este método de interpretación supone entender el contrato como una unidad y comprender que las cláusulas se interrelacionan entre sí. Se busca que la labor del intérprete considere que la interpretación de una cláusula contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforma un todo que debe ser consistente. En ese sentido, el intérprete debe preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que da consistencia al todo.
- 42.- Por lo tanto, el intérprete no puede dar sentido a las disposiciones contractuales de forma aislada, porque ello podría implicar otorgarle a una cláusula un significado que, pese a mostrarse lógico para resolver el caso concreto, colisione con otras cláusulas integrantes del mismo contrato.

a.3 Regla de Interpretación Funcional

- 43.- El artículo 170 del Código Civil señala que *"Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto"*.
- 44.- Este método obliga a que la interpretación a que se llegue sea siempre la más adecuada a la naturaleza y fines del contrato. Para ello, es importante analizar por ejemplo, la finalidad de la disposición o cómo se ajusta la interpretación al objetivo que perseguían las partes al celebrar el contrato. En efecto, este tipo de interpretación obliga a tomar en consideración la función económica-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o la naturaleza del contrato. No obstante, la interpretación finalista no puede desentenderse de los resultados prácticos propuestos por las partes en cuanto razón de ser de su contrato concreto. Por eso, además de la función económica-social que la regulación legal asigna al tipo, habrá de ser valorada la causa concreta que tenía para las partes del contrato.

a.4 Interpretación del Contrato de Acceso

- 45.- El contrato de acceso entre IMPALA y APMT contiene las obligaciones de las partes, las cuales se encuentran en las cláusulas cuarta, octava y novena.
- 46.- Las obligaciones de la entidad prestadora se han recogido en la cláusula octava, las cuales señalan textualmente lo siguiente:

"a. Permitir el acceso a las facilidades esenciales en condiciones que requiere el usuario Intermedio para brindar el servicio de embarque de concentrado de minerales.

b. Mantener las facilidades esenciales en condiciones operativas y de seguridad para las operaciones de embarque de concentrado de minerales.

c. Otorgar al usuario intermedio las facilidades administrativas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio esencial de embarque de concentrados de minerales, de acuerdo a las disposiciones y normatividad vigente.

d. Si por razones operativas una nave no pudiese ser atendida en el Muelle 3 B, la Administración asignará otro muelle a fin de proveer y garantizar la continuidad de las operaciones de embarque de concentrado de minerales.

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

e. Asignar temporalmente un área que permita el ensamblaje de la faja transportadora hermética móvil, con disponibilidad de acceso a energía eléctrica."

47.- Por otro lado, las obligaciones del usuario intermedio se encuentran en las cláusulas cuarta y novena:

"Cláusula Cuarta: Condiciones Generales

El Usuario Intermedio, prestador del servicio de embarque de concentrado de minerales a las naves, debe cumplir con lo siguiente:

- a. Adquirir una faja transportadora hermética móvil nueva a fin de incrementar los rendimientos de operación a 1,00 TM por hora sin general contaminación ambiental en dicha operación. (...)*
- b. La faja, que puede ser autopropulsada o de tracción externa, debe cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en el Decreto Supremo N° 015-2008-MTC y D.S. N° 029-2008-MTC.*
- c. Presentar dentro de los treinta (30) días previos al inicio de las operaciones un Plan de Limpieza, supervisado por la Entidad Prestadora, que permita la conservación del muelle, vías de acceso y zona de parqueo. La ejecución de dicho Plan será de responsabilidad del Usuario Intermedio y su supervisión a cargo de la Entidad Prestadora.*
- d. Sus operarios deberán contar con los implementos de seguridad necesarios para el manejo de sustancias y materiales peligrosos, tales como trajes especiales, máscaras, equipos de respiración, etc., según lo dispuesto por la Resolución de Acuerdo de Directorio de la Autoridad Portuaria Nacional, N° 0011-2006-APN/DIR.*
- e. Cumplimiento estricto de la legislación ambiental nacional y convenios internacionales relacionados al medio ambiente.*
- f. Las áreas de trabajo y sus alrededores deberán mantenerse siempre limpias y ordenadas. En el caso que se generen residuos serán dispuestos en contenedores o recipientes adecuados, encargándose de su evacuación, transporte y disposición final al relleno sanitario autorizado para tal fin. En caso de incumplimiento, el usuario intermedio asumirá las responsabilidades y multas que pueda establecer el Gobierno Local u otra Autoridad competente.*
- g. Reconocer que cualquier perjuicio o menoscabo, debido a la actividad que realizará en el área objeto del Contrato, será de su única responsabilidad ante la Entidad Prestadora."*

"Cláusula Novena: Obligaciones del Usuario Intermedio:

- a. Cumplir con los requisitos generales y operativos para el acceso a la Facilidad Esencial, descritos en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.*
- b. Contar y mantener vigente las pólizas de seguro exigidas por la Autoridad Portuaria Nacional.*
- c. Contar con una póliza de responsabilidad civil (...)*
- d. Presentar una Garantía de Compra de las Fajas por parte del fabricante o vendedor (...)*



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- e. *El plazo máximo para el funcionamiento de la faja es de catorce (14) meses a partir de la puesta de la Orden de Compra.*
- f. *Prestar el servicio de embarque de concentrado de minerales a través de la faja hermética transportadora móvil, cada vez que se realicen operaciones de embarque. De no encontrarse su faja disponible el Usuario Intermedio garantizará la continuidad del embarque con rendimientos óptimos y con el cumplimiento de las condiciones técnicas preestablecidas.*
- g. *Disponer lo conveniente para la adecuada presentación de su personal, conforme lo establece la normatividad aplicable.*
- h. *Será responsable de los actos, acciones u omisiones cometidos por el personal a su cargo.*
- i. *El personal del Usuario intermedio debe cumplir con las normas y directivas de operaciones y de seguridad establecidas en la normativa sectorial aplicable."*

48.- IMPALA sostiene que la obligación de APMT de prestar el servicio de lavado de llantas y asumir el costo de ello, se encuentra en la cláusula 8 literal c) del contrato de acceso, sin embargo APMT señala que no existe ninguna cláusula en el contrato de acceso en la que se mencione que el servicio de lavado de llantas deba ser asumido por el Concesionario.

49.- Al respecto, dicha cláusula establece textualmente que la entidad prestadora otorgará al usuario intermedio las facilidades administrativas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio esencial de embarque de concentrados de minerales, para lo cual se deben cumplir las disposiciones y normatividad vigente.

50.- Al respecto, cabe indicar que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2005-CD-OSITRAN se aprobó el Contrato Tipo de Acceso a la Infraestructura Portuaria para Brindar el Servicio de Practicaje, el cual establece en el inciso b) de su cláusula Octava, como obligaciones de la entidad prestadora, lo siguiente:

"b. Otorgar al Usuario Intermedio las facilidades administrativas y logísticas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio esencial de Practicaje de naves, de acuerdo a las disposiciones y normatividad vigente."

(el subrayado es nuestro)

51.- Asimismo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2005-CD-OSITRAN se aprobó el Contrato Tipo de Acceso Aplicable al Servicio de Remolcaje, el cual indica en el inciso c) de cláusula Octava, que es una obligación de la entidad prestadora, la siguiente:

"c. Otorgar al Usuario Intermedio las facilidades administrativas y logísticas para el ingreso del personal, materiales y equipos que sean necesarios para la prestación del servicio esencial de Remolcaje de naves, de acuerdo a las disposiciones y normatividad vigente."

(el subrayado es nuestro)

52.- Como puede apreciarse, la introducción de dicha frase busca que el Concesionario otorgue al usuario intermedio las distintas facilidades de orden administrativo que son



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

necesarias para el ingreso al terminal portuario, a efectos de tener pleno acceso a la facilidad esencial que es materia del Contrato de Acceso.

- 53.- En este sentido, lo que el literal c) de la cláusula octava del Contrato de Concesión materia de Controversia señala es que APMT se compromete a otorgar todas las facilidades de orden administrativo que permitan el ingreso de personal, materiales y equipos necesarios para la realización del embarque de minerales, lo cual significa brindar al usuario intermedio, por ejemplo, facilidades para el ingreso de personas, choferes, equipos o camiones; señalización para la circulación de vehículos; transmisión de documentos; entre otros aspectos similares, respetando las normas que resulten aplicables.
- 54.- En ese sentido, el CCO no comparte la interpretación efectuada por el usuario intermedio, toda vez que de la lectura literal de dicha cláusula no se aprecia que se haya pactado expresamente que la prestación del servicio de lavado de llantas vaya a ser prestado o asumido por la entidad prestadora.
- 55.- Asimismo, efectuando una lectura en conjunto de la cláusula octava, tampoco se desprende que en alguno de sus literales APMT se haya comprometido a prestar el servicio de lavado de llantas, así como asumir el costo del mismo.
- 56.- Dicha cláusula octava establece obligaciones de la entidad prestadora distintas al servicio de lavado de llantas, tales como acceso a facilidades esenciales, mantenimiento de dichas facilidades para la adecuada realización de las operaciones portuarias, facilidades esenciales alternativas en caso no se pueda utilizar el muelle 3B, áreas para el ensamblaje de la faja transportadora, entre otras.
- 57.- Por otro lado, desde el punto de vista del usuario intermedio, tampoco se advierte que éste, contractualmente, se haya obligado a asumir el costo del servicio de lavado de llantas.
- 58.- Efectivamente, de las cláusulas cuarta y novena del contrato de acceso, dicho usuario asumió diversas obligaciones, ninguna de ellas consistente en el servicio que es materia de análisis. Entre las obligaciones asumidas por IMPALA, vinculadas con la actividad propia del embarque de minerales, se tienen la adquisición de la faja transportadora, la continuidad en la prestación del servicio de embarque, el cumplimiento de normas de salud y seguridad, la elaboración de un plan de limpieza, el cumplimiento de la legislación ambiental, la adquisición pólizas de seguro, entre otras.
- 59.- En ese sentido, se puede afirmar que el contrato de acceso entre IMPALA y APMT no ha regulado el tratamiento que debe darse al servicio de lavado de llantas de vehículos que salen del Muelle Norte, ni mucho menos cuál de las partes debe hacerse cargo de los costos por la prestación de dicho servicio.

b) Sobre el lavado de vehículos que egresan del Terminal Portuario

- 60.- Conforme a lo indicado anteriormente, el Reglamento indica que el CCO es competente para pronunciarse sobre controversias que surjan entre la Entidad Prestadora y el Usuario Intermedio, el cual podrá referirse a cualquier asunto vinculado con el contrato o mandato de acceso, su aplicación o interpretación; la



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

prestación del servicio esencial; la forma de uso de la facilidad esencial o los efectos que se deriven de dicha prestación o forma de uso, entre otros. Asimismo, es competente para pronunciarse sobre controversias que versen sobre obligaciones legales relativas a obligaciones ambientales, vinculadas a la prestación de servicios esenciales o al funcionamiento del mercado de infraestructura bajo supervisión de OSITRAN.

- 61.- Debe tenerse presente que el lavado de los vehículos que egresan del Terminal Portuario, no se realiza de forma aislada, sino que se presta como consecuencia del ingreso de los camiones al Terminal Portuario, a efectos de realizar el embarque de concentrado de minerales a las naves a través de la faja transportadora, el marco del acceso otorgado al usuario intermedio por lo que dicho servicio se deriva de la prestación de un servicio esencial. Asimismo, debe tenerse en consideración que la controversia surgida en este caso se refiere además al cumplimiento de una norma legal vigente en materia medio ambiental.
- 62.- Uno de los argumentos de IMPALA consiste en que APMT debe prestar y asumir el costo del servicio de lavado de llantas, toda vez que el marco legal vigente, en concreto el Decreto de Alcaldía N° 00016 de la Municipalidad Provincial del Callao, la obliga a hacerlo.
- 63.- En ese sentido, IMPALA sostiene que el Informe N° 024-13-GRE-GAL-OSITRAN, que dio sustento a la Resolución N° 040-2013-CD-OSITRAN, incurre en error cuando señala que no existe sustento legal que obligue a APMT a tener disponible un sistema de lavado de llantas dentro de la infraestructura portuaria, toda vez que dicho informe no consideró lo señalado por el Decreto de Alcaldía N° 000016.
- 64.- Asimismo, agrega que si bien el referido informe señaló que APMT no está impedido de brindar servicios no portuarios, tampoco autoriza a cobrar por el lavado de llantas.
- 65.- Por su parte, la entidad prestadora señala que de la norma citada por IMPALA no se puede deducir que APMT no tenga el derecho a realizar el cobro por el servicio de lavado de llantas. Asimismo, agrega que el cobro y su correspondiente publicación en el tarifario, han sido efectuados teniendo en consideración la decisión del Consejo Directivo de OSITRAN.
- 66.- Al respecto, en primer lugar, es necesario manifestar que la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN y el Informe N° 024-13-GRE-GAL que le sirve de sustento, se emitieron en un procedimiento de fijación tarifaria para la prestación de un servicio especial (lavado de llantas y/o carrocería de camiones), seguido en el marco de la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión y el Reglamento General de Tarifas (en lo sucesivo, RETA) de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, y sus modificatorias.
- 67.- Dicho procedimiento, de acuerdo con el artículo 4 del RETA, tiene como finalidad la fijación de tarifas de las entidades prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, siendo OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, conforme al artículo 5 del citado Reglamento, competente para la fijación de la tarifaria que corresponda.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 68.- Distinto, es el caso de un procedimiento de solución de controversias como el presentado por IMPALA, en el que se busca determinar si el pago que viene exigiendo APMT al usuario intermedio por el servicio de lavado de llantas de camiones, tiene revestimiento legal, discutiéndose dicho asunto en el marco de una relación de acceso de acuerdo con las normas del REMA.
- 69.- En ese sentido, puede apreciarse que el procedimiento de fijación tarifaria seguido en su oportunidad por APMT ante el Consejo Directivo y el presente caso difieren en sus objetivos.
- 70.- No debe perderse de vista además que la resolución del Consejo Directivo fue expedida por el órgano máximo de OSITRAN, gozando dicho acto administrativo de validez plena, toda vez que su nulidad no ha sido declarada por la instancia administrativa o judicial correspondiente, ello de conformidad con los artículos 8 y 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.⁹
- 71.- En ese sentido, los cuestionamientos que efectúa el Usuario Intermedio a dicha Resolución no pueden ser conocidos en el presente procedimiento de solución de controversias, debiendo utilizarse para tal fin las vías procedimentales que faculta el ordenamiento legal a fin de cuestionar su validez, en caso así se considere.
- 72.- Sin perjuicio de lo anterior, existe un aspecto contenido en el Informe N° 024-2013-GRE-GAL que debe ser resaltado por cuanto tiene relevancia para el presente caso:

"1. Si bien APM Terminal se encuentra obligado como empresa socialmente responsable a dar cumplimiento a las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, no existe sustento legal que específicamente determine que APM se encuentre en la obligación de prestar el servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" dentro de la infraestructura portuaria.

- 73.- Este extremo del informe se sustenta en los considerandos 21 a 31 del mismo, los cuales analizan si, en torno a un procedimiento de fijación tarifaria de un servicio especial, el concesionario se encuentra obligado a prestar el referido servicio en la infraestructura portuaria.
- 74.- En ese sentido, luego de analizar las normas señaladas por el Concesionario para sustentar la necesidad de fijar una tarifa por el servicio especial de "lavado de llantas y/o carrocería de camiones", se concluyó que no se desprendía que sea necesario que el servicio deba ser prestado en la infraestructura portuaria.
- 75.- Las normas en que sustentó el Concesionario su solicitud y que fueron revisadas por el Consejo Directivo a través del Informe antes referido fueron la Ley General de Residuos Sólidos, Ley N° 27314, la Ley que regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos Peligrosos, Ley N° 28256, la Ordenanza Municipal N°

⁹ **Artículo 8.- Validez del acto administrativo**

Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

000010 (modificada por la Ordenanza N° 000026), el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos peligrosos, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2008-MTC, el Decreto de Alcaldía N° 000025 de la Municipalidad Provincial del Callao y la Guía Ambiental de Manejo de Transporte de Concentrados de Minerales aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA.

76.- En esa línea, el Consejo Directivo, a través del Informe N° 024-2013-GRE-GAL señaló que:

"28. No obstante ello, luego de la revisión de las normas antes mencionadas, se ha podido advertir que las mismas contienen disposiciones de carácter general, aplicables al tratamiento de los residuos sólidos, particularmente, a los residuos sólidos peligrosos, que involucran una serie de actividades relacionadas con los procesos y operaciones de su gestión y manejo, desde su generación hasta su disposición final, incluyendo las fuentes de su generación en los sectores económicos, sociales y de la población, y su internamiento y tránsito en el territorio nacional.

29 En ese sentido, ninguna de las referidas normas contienen obligaciones de carácter específico relacionadas con el tratamiento o limpieza de vehículos de transporte en infraestructura portuaria. Únicamente el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos Peligrosos, en su artículo 61, hace referencia al proceso de descontaminación de los vehículos, unidades de carga y equipos (naturalmente, por tratarse de residuos sólidos peligrosos), proceso en el que participan la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud – Digesa (a efectos de determinar los casos en los que, no obstante la descontaminación, los vehículos o unidades de carga o equipos no podrán ser utilizados en otros transportes) y la Municipalidad Provincial correspondiente (que autoriza lugares específicos en los que se puede realizar el proceso de descontaminación).

30 Asimismo, la citada disposición tampoco obliga a que este proceso se desarrolle en la infraestructura portuaria, sino en lugares específicos debidamente autorizados por la Municipalidad Provincial, por la especialidad y naturaleza de la carga, que no puede ser tratada en el mismo lugar que el resto de la carga común (ameritando contar con personal debidamente calificado para dicho proceso como lo establece el artículo 62 del citado Reglamento)."

2
77.- De lo mencionado, queda claro que lo que el Consejo Directivo señaló era que, a partir del sustento brindado por el Concesionario, el servicio especial "lavado de llantas y/o carrocería de camión" no era obligatorio que se preste en la infraestructura portuaria, sino en lugares específicos debidamente autorizados por la autoridad competente.

78.- En ese sentido, dicho órgano de OSITRAN no expresó que el referido servicio deba ser brindado al interior o al exterior del terminal portuario, sino solamente se limitó a señalar que el sustento del Concesionario no le causaba convicción para determinar que el servicio debía ser prestado en la infraestructura portuaria. Ello, en

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

consecuencia, conllevó a dicho órgano del OSITRAN a señalar que el referido servicio no sea portuario y, por ende, se encuentre fuera del ámbito de competencias del Regulador.

79.- Ahora bien, en el presente procedimiento de solución de controversias, el usuario intermedio da cuenta de una norma de nivel municipal que resulta relevante tener en consideración a efectos de resolver el presente caso.

80.- Dicha norma se trata del artículo 4 del Decreto de Alcaldía N° 000016 de la Municipalidad Provincial del Callao, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo Cuarto.- El Terminal Marítimo del Callao, en adición a lo señalado por el Decreto de Alcaldía N° 00025-99, deberá de cumplir obligatoriamente con los siguientes dispositivos:

1. Instalar un sistema de lavado a presión del vehículo que egresa del terminal, el mismo que contará con su correspondiente drenaje y poza de decantado para recuperar los sólidos.

2. Establecer un programa de atención de 24 horas a vehículos que transportan concentrados de minerales en los períodos de embarque de dichos concentrados. (...)

81.- Esta norma, al señalar que el terminal marítimo del Callao (léase el terminal portuario del Callao zona norte), el cual APMT gestiona y opera de manera exclusiva, debe cumplir con instalar un sistema de lavado de vehículos que egresan del terminal, está imponiendo al concesionario la obligación de contar al interior del terminal con dicho sistema, a fin de que los camiones puedan salir de la instalación portuaria lavados y, por ende, limpios de residuos de minerales.

82.- Resulta claro que la obligación legal municipal va dirigida al administrador portuario, toda vez que al requerirse que los camiones salgan del terminal debidamente lavados, la única persona responsable de cumplir con dicho mandato es APMT por ser el único que de manera exclusiva opera y gestiona el referido terminal.

83.- Por otro lado, cabe agregar que la disposición normativa en mención tiene un alcance distinto a las normas que fueron analizadas por el Consejo Directivo y que han sido citadas en el numeral 74 del presente informe. Dichas normas fueron analizadas en el marco de una fijación tarifaria; sin embargo el Decreto de Alcaldía 000016 debe ser considerado al margen de dicho contexto.

84.- En efecto, el Decreto de Alcaldía debe ser analizado fuera de consideraciones de tipo regulatorio o tarifarios, pues para el cumplimiento de la misma resulta irrelevante si el referido sistema usa o no infraestructura portuaria.

85.- En esa línea, lo importante para el cumplimiento de la norma es que los camiones que transportan minerales egresen del terminal portuario sin restos de minerales antes de su circulación por las vías de la ciudad.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 86.- Ello constituye una obligación establecida en una norma que no puede dejar de ser observada y que debe ser cumplida, independientemente de si la base sobre la que se implemente el sistema de lavado constituye o no infraestructura portuaria.
- 87.- Cabe agregar que el cumplimiento de esta norma también es referido en la cláusula 1.23.68 del Contrato de Concesión, la cual contiene la denominación Leyes y Disposiciones Aplicables, definida como el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión que la Sociedad Concesionaria se encuentra en la obligación de cumplir, de acuerdo con la cláusula 1.23.68 del Contrato de Concesión.
- 88.- Del mismo modo, como se adelantó en la parte introductoria del presente apartado, el cumplimiento de esa disposición municipal tiene relevancia para el presente caso, toda vez que en los procedimientos de solución de controversias vinculadas con acceso a infraestructura de transporte de uso público, se puede analizar el cumplimiento de normas vinculadas a la prestación de servicios esenciales.
- 89.- En ese sentido, puede afirmarse que el Consejo Directivo de OSITRAN, en un procedimiento de fijación tarifaria de servicio especial, teniendo en cuenta las normas que sustentaron la solicitud del administrado, sólo se limitó a manifestar que el sustento del Concesionario no le causaba convicción para determinar que el servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camión" debía ser prestado en la infraestructura portuaria. Sin embargo, en el presente caso, al margen de aspectos de índole regulatorio, se tiene una disposición municipal que debe ser cumplida, la cual establece que los camiones que transporten minerales deben salir limpios del terminal portuario mediante el uso de un sistema de lavado, siendo irrelevante si ese sistema se ubica o no en infraestructura portuaria, o si se implementa en alguna zona del terminal portuario que califique como instalación portuaria.
- 90.- Cabe aclarar que al interior del terminal portuario, no todo objeto constituye infraestructura portuaria. En efecto, la Ley del Sistema Portuario, Ley N° 27943, y sus modificatorias, contiene en su vigésimo sexta disposición transitoria y final dos definiciones que merecen ser citadas para explicar lo señalado:

"11. INFRAESTRUCTURA PORTUARIA: Obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes, construidas o ubicadas en los puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal. Está constituida por:

- a) Acceso Acuático: Canales, zonas de aproximación, obras de abrigo o defensa tales como rompeolas y esclusas y señalizaciones náuticas.*
- b) Zonas de transferencia de carga y tránsito de pasajeros: Muelles, diques, dársenas, áreas de almacenamiento, boyas de amarre, tuberías subacuáticas, ductos, plataformas y muelles flotantes.*
- c) Acceso Terrestre: Vías interiores de circulación y líneas férreas que permitan la interconexión directa e inmediata con el sistema nacional de circulación vial.*

12. INSTALACIONES PORTUARIAS: Obras civiles de infraestructura, superestructura, edificación o conducción o construcciones y dispositivos eléctricos, electrónicos, mecánicos o mixtos, destinados al funcionamiento

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

específico de los puertos y terminales y de las actividades que en ellos se desarrollan.”

- 91.- De lo anterior, toda infraestructura portuaria formará parte de una instalación portuaria, mas no toda instalación portuaria constituirá infraestructura portuaria. Esta última, de acuerdo con la definición transcrita, contribuye al transporte y al intercambio modal, mientras que el término instalación portuaria resulta ser más amplio.
- 92.- Por lo expuesto, el Decreto de Alcaldía N° 000016 es una norma que debe ser cumplida por el Concesionario, por el carácter obligatorio que ostenta dicho decreto de alcaldía, así como porque forma parte del concepto Leyes y Disposiciones Aplicables previsto en el Contrato de Concesión. En ese sentido, APMT debe implementar un sistema de lavado para los camiones que transportan minerales y que egresan del terminal portuario, sistema que debe estar disponible las 24 horas del día. Esta obligación también resulta aplicable a la relación de acceso que APMT mantiene con IMPALA.
- 93.- Cabe precisar que la implementación de dicho sistema no sólo implica la compra de equipos para el lavado de los vehículos, sino además proveer todos los recursos humanos, materiales y administrativos a fin de que el sistema pueda funcionar y lograr el objetivo de la norma, esto es, que los camiones puedan egresar limpios del terminal portuario. Todo ello permitirá implementar efectivamente el sistema a que se refiere la norma municipal.
- 94.- Por lo señalado, la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN no puede ser considerada como título que haya facultado al concesionario a efectuar el cobro por la prestación de un servicio que de acuerdo con el Decreto de Alcaldía N° 000016, corresponde ser cumplida por el terminal portuario.
- 95.- Ahora bien, debe hacerse una precisión importante. El Decreto de Alcaldía N° 00016 establece la obligación de APMT de brindar el servicio de lavado de llantas, mas no impide al Concesionario cobrar al usuario por la prestación del servicio.
- 96.- La posibilidad de que el cobro por la prestación de dicho servicio pueda ser asumido por una persona distinta al Concesionario ha sido contemplada en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN, y el informe que le dio sustento, al señalar que APMT no se encuentra impedido contractualmente de brindar ese tipo de servicios y efectuar un cobro por su prestación.

“4. El Regulador no cuenta con atribuciones legales y/o contractuales, que le permitan ejercer su función reguladora y supervisora respecto de la actividad “Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones”, lo cual no significa que el Concesionario está impedido contractualmente de brindar este tipo de servicios no portuarios y efectuar un cobro por su prestación.”

- 97.- En ese sentido, APMT podrá trasladar el costo del servicio a cualquier usuario, siempre que exista de por medio un contrato o acuerdo. Caso contrario, en virtud de lo expuesto en el análisis precedente, y de conformidad con el Decreto de Alcaldía N°

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

000016, la responsabilidad por la prestación del servicio recae en la entidad prestadora.

c) Publicación del precio del servicio en el tarifario de la entidad prestadora

98.- El Concesionario manifiesta que el cobro por la prestación del servicio de lavado de llantas a los camiones que transportan minerales se realizó en virtud de la decisión del Consejo Directivo de OSITRAN contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2013-CD-OSITRAN.

99.- Al respecto, resulta conveniente señalar que dicha Resolución manifestó en sus conclusiones:

"6. Sin perjuicio que el OSITRAN no pueda ejercer su función reguladora o supervisora respecto de la actividad "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" APM Terminal debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión".

100.- Lo anterior debe ser leído teniendo en cuenta los numerales 52 al 54 del Informe N° 024-13-GRE-GAL-OSITRAN:

"52. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que la Concesionaria debe necesariamente observar lo dispuesto en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, que establece lo siguiente:

"8.24. La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, sin costo para los mismos, a través de su página web, el tarifario, reglamento de Tarifas, Precios, política comercial y los procedimientos de aplicación de descuentos, así como sus modificaciones serán establecidos de acuerdo al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA) y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables."
[El subrayado es nuestro]

53. *Conforme a ello, APM Terminals se encuentra obligada a poner en conocimiento de los Usuarios a través de su página web, entre otros, el tarifario por los Servicios (servicios portuarios conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión), y aquellas actividades (servicios no portuarios), que establezca, en este último caso, sin necesidad de control previo por parte de OSITRAN.*

54. *Por lo tanto, independientemente que el OSITRAN no pueda ejercer su función reguladora o supervisora respecto a la actividad de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", APM Terminals debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la Cláusula 8.24 antes mencionada."*

101.- De lo expuesto, se advierte que lo que efectuó el Consejo Directivo es citar lo dispuesto en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, relativo a la obligación del



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Concesionario de publicar en su página web, la información sobre tarifas, precios, política comercial, entre otros.

102.- En otras palabras, el Consejo Directivo se limitó a señalar una obligación contractual que el Concesionario debe tener presente a lo largo de la vigencia de la concesión.

103.- Sin embargo, debe advertirse que dicho pronunciamiento se emitió en un procedimiento de fijación tarifaria para servicio especial, por lo que si el Concesionario brinda un servicio y cobra por su prestación, entonces deberá publicar en su web el monto y el concepto materia de cobro.

104.- Distinto es el presente caso en el que no se están analizando aspectos tarifarios, sino el cumplimiento de una disposición normativa municipal, por lo que este argumento del Concesionario no resulta relevante a efectos de resolver la presente controversia, a mayor razón aún, si como se expresó, la Resolución de Consejo Directivo no resulta título suficiente para que el Concesionario efectúe el cobro por la prestación del servicio de lavado de llantas.

d) Sobre el supuesto de abuso de posición de dominio

105.- IMPALA señala en su escrito que la entidad prestadora estaría efectuando un abuso de posición de dominio al momento de exigir el pago por el servicio de lavado de llantas, por cuanto el precio que viene exigiendo resulta ser desproporcionado.

106.- Sobre el particular, se debe manifestar que el usuario intermedio no ha aportado medios de prueba que sustenten su afirmación. Sin perjuicio de ello, la alegación de un supuesto abuso de posición de dominio no es un asunto que pueda ser conocido por el CCO a través de un procedimiento de solución de controversias.

107.- Por el contrario, dicho asunto, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1034, corresponde ser analizado por el INDECOPI. En ese sentido, el Concesionario deberá utilizar las vías legales correspondientes en caso considere que se esté configurando tal infracción.

SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la controversia planteada por IMPALA PERU S.A.C. contra APM Terminals Callao S.A. En consecuencia, APM Terminals Callao S.A. debe abstenerse de cobrar de manera unilateral a IMPALA PERU S.A.C. la prestación del servicio de lavado de llantas de los camiones que egresan del terminal portuario en las operaciones de embarque y desembarque de minerales.

SEGUNDO: DECLARAR que APM Terminals Callao S.A. se encuentra facultado a establecer de común acuerdo con IMPALA PERU S.A.C, que el costo por la prestación del servicio de lavado de llantas de cambios que egresen del terminal portuario en las operaciones de embarque y desembarque de minerales, cuya obligación recae en el Concesionario, sea asumido por IMPALA PERU S.A.C.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TERCERO: ENCARGAR a la Secretaría Técnica Ad Hoc del Cuerpo Colegiado de OSITRAN notificar la presente Resolución a las partes.

CUARTO: DISPONER la difusión de la presente resolución en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe)

ENA GARLAND HILBCK
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
MIEMBRO
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

ALFREDO DAMMERT LIRA
PRESIDENTE
Cuerpo Colegiado
OSITRAN

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

