201

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 30 de setiembre de 2016

N° 134-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por APM TERMINALS CALLAO S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0074-2016-GSF-OSITRAN; el Informe N° 105-16-GAJ-OSITRAN emitido por 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 N° 0127-2016-JCP-GSF-OSITRAN de fecha 29 de marzo 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 durante el décimo quinto trimestre de explotación (enero a marzo de 2015);

Que, conforme se aprecia del referido Informe, la Jefatura de Contratos Portuarios señaló que en la medición efectuada sobre el décimo quinto trimestre de explotación se obtuvo que la prestación del servicio alcanzó un promedio trimestral de 303.58 toneladas/hora; por lo tanto, 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 NSP indicados en el Anexo 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, mediante Oficio N° 0063-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 26 de abril de 2016, 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 N° 221-2016-APMTC/LEG del 09 de mayo de 2016, la empresa concesionaria APMTC presentó sus descargos y solicitó se declare el archivo definitivo del procedimiento;

Que, mediante Nota N° 113-2016-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2016, la Jefatura de Fiscalización sustentó la necesidad de iniciar un periodo de pruebas en el Procedimiento Administrativo Sancionador de la referencia;

Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0074-2016-GSF-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0108-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al

OSITRAN V°B° P. REJ[illegible]AGA GERENTE ADJUNTO DE LA GERENCIA GENERAL
OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA
OSITRAN V°B° [illegible]CAUQUI ASESOR DE GESTIÓN DIRECTIVA - GERENCIA GENERAL
OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL
Es copia fiel del original que he tenido a la vista.
REYNA DE LOS ANGELES RUBIO BEDREGAL
FEDATARIO
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Publico-OSITRAN
(Para uso exclusivo de la entidad)
06 OCT. 2016

PÁGINA EN BLANCO

200

Concesionario el 10 de agosto de 2016 con Oficio N° 358-2016-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 décimo quinto trimestre de explotación de la concesión (enero-marzo 2015), 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 18 de agosto de 2016, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0074-2016-GSF-OSITRAN, solicitando se declare fundado, se deje sin efecto la sanción impuesta y se ordene el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador en base a los siguientes argumentos:

- 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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), 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 conllevó 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.

- 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, generadas entre otros, por la deficiente estiba de la carga al interior de las naves, las particularidades propias de la carga, la

Certifico que la fotostatica es fiel replica del original que he tenido a la vista.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

REYNA DE LOS ANGELES RUBIO BEDREGAL
FEDATARIO
Organismo Supervisor de la Inversion en Infraestructura de Transporte de Uso Publico-OSITRAN
(Para uso exclusivo de la entidad)
FECHA: 06 OCT. 2016

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

PÁGINA EN BLANCO

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.

- 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 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 son bastante altas, por lo que cualquier demora en la atención de una nave, en lugar de beneficios, genera perjuicios, porque 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.

OSITRAN V°B° P. REYNAGA JEFATURA DE LA GERENCIA GENERAL

Que, la Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el día de su presentación, es decir, el 18 de agosto 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;

OSITRAN V°B° ASESORÍA JURÍDICA

Que, en atención a lo solicitado por la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del Informe N° 035-16-GRE-OSITRAN, de fecha 14 de setiembre de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN (GRE) emitió su pronunciamiento sobre los argumentos esgrimidos por APMTC en torno a la cuantificación de la multa impuesta mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0074-2016-GSF-OSITRAN;

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica mediante el Informe N° 105-16-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar fundado en parte el Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, conforme a 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

OSITRAN V°B° ASESORÍA EN GESTIÓN DIRECTIVA GERENCIA GENERAL

Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he tenido a la vista.

JENNY DE LOS ANGELES RUBIO BEDREGAL
FEDATARIO
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN
(Para uso exclusivo de la entidad)
FECHA: 06 OCT. 2016

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

PÁGINA EN BLANCO

contrario, será pasible de las sanciones a que hubiera lugar. Por lo tanto, los NSP califican 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 transgresiones 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.

- En torno al argumento de que los incumplimientos de los NSP en el décimo quinto 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.

OSITRAN V°B° P. REYNAGA GERENTE ADJUNTO DE LA GERENCIA GENERAL

- 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 si bien se han presentado altas tasas de ocupación en los muelles del TNM, estas podrían derivarse no solo de la alta demanda por parte de este tipo de naves, sino también podría ser el resultado del ineficiente manejo de carga por parte del Concesionario, que obligaría a las naves a permanecer amarradas por un tiempo mayor al necesario debido a sus demoras en las operaciones de embarque o descarga, lo cual genera que estas naves asuman mayores cobros por concepto de amarradero, constituyendo un ingreso real para el Concesionario. Estando a ello, la GRE calcula que el beneficio ilícito para el presente caso en realidad asciende a S/. 872 135,89; en tal sentido, el argumento del Concesionario resulta correcto en este extremo, y dado que este elemento permite obtener el monto de la multa, se deberá recalcular la multa impuesta por la primera instancia.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

- En atención a lo expuesto, corresponde determinar el nuevo monto de la multa, por lo que considerando los agravantes y atenuantes del presente caso, la multa impuesta al Concesionario debería ascender a 309.11 UITs, por lo que se recomienda que el recurso de apelación en este extremo sea declarado fundado en parte.

Que, tal como lo manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 105-16-GAJ-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-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

OSITRAN V°B° E. HUANCAUQUI GERENCIA GENERAL ASESOR EN GESTIÓN DIRECTIVA

Fedatario certifica que la fotostática es fiel réplica del original que ha tenido a la vista.

ELENA DE LOS ANGELES RUBIO BEDREGAL
FEDATARIO
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN
(Para uso exclusivo de la entidad)
FECHA: 06 OCT. 2016

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe

PÁGINA EN BLANCO

artículo 209 de la Ley N° 27444, 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 fundado en parte el Recurso Administrativo de Apelación presentado por APM TERMINALS CALLAO S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0074-2016-GSF-OSITRAN, por los fundamentos precedentemente expuestos; y, en consecuencia, modificar la multa impuesta al Concesionario de 450 UIT a 309.11 UIT; dándose por agotada la vía administrativa.

OSITRAN V°B° P. REMIAGA GERENTE ADJUNTO DE LA GERENCIA GENERAL

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° 105-16-GAJ-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria 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.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

Regístrese y comuníquese,

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

OSITRAN V°B° E. HUANCAUQUI ASESOR EN GESTIÓN DIRECTIVA, GERENCIA GENERAL

Reg. Sal. GG. 35303-16

Certifico que la fotostática es fiel réplica del original que he tenido a la vista.

REYNA DE LOS ANGELES RUBIO BEDREGAL
FEDATARIO
Organismo Supervisor de la Inversion en Infraestructura de Transporte de Uso Publico-OSITRAN
(Para uso exclusivo de la entidad)
FECHA: 06 OCT. 2016

Calle Los Negocios N°182, piso 4
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01)440.5115
www.ositran.gob.pe