



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 075-2013-CD-OSITRAN

Lima, 03 de diciembre de 2013

VISTOS:

El Informe N° 068-13-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 28 de noviembre de 2013 emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

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

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

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 27444;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 03 de diciembre de 2013, y sobre la base del Informe N° 068-13-GSF-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la ampliación de la interpretación de oficio iniciada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 054-2013-CD-OSITRAN, respecto de la sección VI del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura, especialmente los numerales 6.1, 6.2, 6.3, 6.7 y 6.17; a efectos de determinar si tales disposiciones resultan aplicables a la implementación de la Fase 2 de dicho proyecto.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 068-13-GSF-GAJ-OSITRAN, a la empresa DP World Callao S.R.L. en su calidad de Concesionario, así como a la Autoridad Portuaria Nacional, como representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.



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

Presidencia Ejecutiva



Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe N° 068-13-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 36125



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



INFORME N° 068-2013-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : **WILLYAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)

De : **JEAN PAUL CALLE**
Gerente de Asesoría Jurídica

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Asunto : Ampliación de Interpretación de Oficio del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Referencia : Resolución de Consejo Directivo N° 054-2013-CD-OSITRAN del 06.Set.2013

Fecha : 28 de noviembre de 2013



I.- OBJETIVO

1.- El presente Informe tiene por objetivo ampliar la interpretación de oficio iniciada respecto a la aplicación de la penalidad contenida en la Tabla 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, referida a la tasa de ocupación de los amarraderos del Muelle Sur durante el año de evaluación; a fin de determinar si la Sección VI del referido Contrato resulta aplicable a la Fase 2 de dicho proyecto.

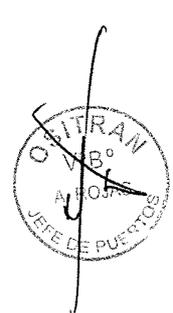
II.- ANTECEDENTES

2.- Con fecha 24 de Julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), suscribió con la empresa Dubai Ports World Callao S.A., hoy DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario o DPWC), el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, Contrato de Concesión del Muelle Sur), para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura.

3.- Con escrito de fecha 12 de julio de 2012, DPWC solicita a OSITRAN la interpretación del ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión.

4.- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 033-2013-CD-OSITRAN del 10 de junio de 2013, el Consejo Directivo interpretó el Contrato de Concesión, indicando lo siguiente:

"Artículo 1°.- INTERPRETAR el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en los siguientes términos:



"La implementación de la nueva infraestructura (segunda fase en términos de su Propuesta Técnica – Anexo 16 del Contrato de Concesión) constituye una obligación de DP World Callao S.R.L. y no sólo una actividad sujeta a la decisión discrecional de dicha empresa.

Así, luego de determinada que la tasa de ocupabilidad del Muelle supera el 70%, DP World Callao S.R.L. se encuentra obligado a formular y presentar ante la Autoridad Portuaria Nacional el Expediente Técnico conducente a la implementación de la Fase 2 – operación de la nueva infraestructura y/o el equipamiento adicional, de acuerdo a su propuesta técnica.

Artículo 2º.- Disponer que la administración de OSITRAN adecúe su actividad de supervisión y fiscalización, con relación al cumplimiento de la obligación contenida en el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión, a la interpretación precedente, incluyendo la penalidad impuesta mediante Oficio N° 2551-2012-GS-OSITRAN. (...)" (el subrayado y resaltado es nuestro)

5.- En atención a lo expuesto en la referida interpretación, con Oficio N° 3274-2013GS-OSITRAN, del 24 de julio de 2013, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN solicitó a DPWC que le informe si había cumplido con presentar a la APN, el expediente técnico conducente a la implementación de la Fase 2.

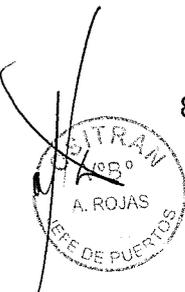
6.- El 02 de agosto de 2013, con Carta GAC.DPWC.112.2013, DPWC informó a OSITRAN que el retraso en la designación del Supervisor de Diseño de la Fase 2, por parte de la APN, le impide iniciar la elaboración del expediente técnico, toda vez que durante dicha elaboración se requiere la coordinación constante con el Supervisor, respecto a los alcances y parámetros técnicos que se utilizarán en el expediente técnico. En ese sentido, elaborar el expediente técnico sin la supervisión de la APN supondría una violación a la Ley del Sistema Nacional Portuario. En atención a ello solicitó lo siguiente:

- (i) La suspensión del plazo de la Concesión por un período equivalente al comprendido desde el 23 de diciembre de 2011, hasta el día en que la APN designe un Supervisor de Diseño.
- (ii) Una vez designado el Supervisor de Diseño, se le amplíe el plazo de la Concesión por un periodo equivalente al de la suspensión.

7.- El 5 de agosto de 2013, con Carta GAC.DPWC.118.2013, DPWC señaló que, tal como le comunicó al Concedente con Carta GAC.DPWC.111.2013, en la medida que la APN no designe al Supervisor de Diseño en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 6.1 del Contrato y la Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley N° 27943, no podrán iniciar la elaboración del expediente técnico.

8.- El 16 de agosto de 2013, a través del Oficio N° 243-2013-GG-OSITRAN, este Regulador solicitó al Concedente, con copia a la APN, que siendo un tema de su competencia, comuniquen las acciones realizadas respecto a lo solicitado por DPWC en la comunicación precedente, a fin de poder emitir el pronunciamiento correspondiente.

9.- Con Carta N° 931-2013-APN/GG del 18 de agosto de 2013, la APN le informa a DPWC que mediante Oficio N° 178-2007-APN/GG del 26 de marzo de 2007, le comunicó que el Ingeniero Roy Legoas Montejo, Director de la Dirección Técnica de la APN fue designado como Supervisor de Diseño del Muelle Sur. En ese sentido,



agregó que la designación efectuada se realizó para el desarrollo de todo el proyecto portuario, inclusive la Fase 2, por lo que no es necesario efectuar una nueva designación.

10.- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 054-2013-CD-OSITRAN del 6 de setiembre de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio de interpretación de oficio de los alcances de la penalidad consignada en la Tabla 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión del Muelle Sur.

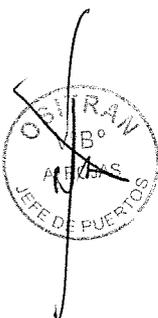
11.- A través de la Carta GAC.DWC.133.2013 del 12 de setiembre de 2013, DPWC rechazó lo indicado por APN, señalando que el Ingeniero Roy Legoas fue designado con el encargo de supervisar sólo el diseño del Expediente Técnico inicial del Proyecto, esto es, de la Fase 1, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos:

- (i) Existe un vacío contractual respecto al procedimiento para la designación del Supervisor de Diseño de la Fase 2 y el régimen aplicable a éste, motivo por el cual corresponde a las partes regularlo a través de un acuerdo.
- (ii) La disposición contenida en la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión está referida al expediente técnico inicial correspondiente a la Fase 1, no pudiendo indicarse por ende, que el Supervisor de Diseño de la Fase 1, lo es también para la Fase 2, ya que su desarrollo era incierto, pues dependía de la demanda de los servicios portuarios.

12.- El 17 de setiembre de 2013, con Oficio N° 287-2013-GG-OSITRAN, este Regulador solicitó a la APN que, a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de DPWC para implementar la Fase 2, le informe si ha cumplido con designar al Supervisor de Diseño. Asimismo, se solicitó que se precise a DPWC las demás condiciones y exigencias que deberá seguir para la implementación de la Fase 2, en concordancia con lo regulado en la Sección VI: OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA del Contrato de Concesión.

13.- Con Oficios N° 920-2013-APN/GG del 10 de setiembre de 2013 y N° 1054-2013-APN/GG del 28 de octubre de 2013, la APN remitió los Informes Legales N° 031-2013-APN/DIRTEC/UAJ y N° 708-2013-APN/UAJ, en los que concluye que:

- (i) De acuerdo con la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, basta con nombrar un Supervisor de Diseño, el cual será el encargado de supervisar la elaboración del expediente técnico de cualquier fase o etapa del proyecto portuario.
- (ii) Mediante Oficio N° 178-2007-APN/GG del 26 de marzo de 2007, la APN dio a conocer el nombramiento del Supervisor de Diseño del Contrato de Concesión, la cual fue para todo el proyecto portuario, incluida la Fase 2, por lo que no existe incumplimiento alguno en la designación por parte de la APN, ni la necesidad de efectuar una nueva designación.
- (iii) Corresponde al Regulador tomar en cuenta lo expuesto al resolver la solicitud de suspensión presentada por DPWC.



14.- El 02 de octubre de 2013, DPWC remitió un escrito en relación a la interpretación de oficio iniciada por OSITRAN, respecto de la penalidad consignada en la Tabla 5 del Anexo 17, solicitando que al interpretar dicha cláusula se tomen en cuenta lo siguiente:

- (i) Como se advierte de la propia descripción de la penalidad, ésta sería aplicable desde la fecha de inicio de la operación con dos amarraderos hasta que se implemente el límite de la capacidad máxima ofrecida en su propuesta técnica, siendo ésta la puesta en operación de la Fase 2, lo cual conllevaría a que aún en el caso que DPWC hubiese presentado el expediente técnico ante la APN, sería penalizado.
- (ii) La APN debe designar al Supervisor de Diseño de la Fase 2, fecha a partir de la cual DPWC estaría obligado a formular el expediente técnico, motivo por el cual no es posible que se le aplique la penalidad establecida en la Tabla 5 del Anexo 17.

15.- El 15 de noviembre de 2013, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia de Asesoría Jurídica el Memorando N° 1565-13-GS-OSITRAN, con el que adjunta la Nota N° 972-2013-GS-OSITRAN, de la Jefatura de Puertos, respecto a la aplicabilidad de las cláusulas de carácter técnico operativo para el desarrollo de las obras del Nuevo Terminal del Muelle Sur (Fase 2), concluyéndose que:

- (i) El plazo de tres meses para la designación del Supervisor de Diseño consignado en la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión se computa desde la fecha de suscripción del Contrato, por lo que a fin de aplicar dicha cláusula podría considerarse que la designación es por única vez, caso contrario tendría que efectuarse una modificación o interpretación sobre el particular.
- (ii) Es necesario analizar desde el punto de vista legal si la cláusula 6.17 debe ser modificada, ya que ésta señala un plazo máximo para la culminación de las obras indicadas en el Anexo 4, el cual se utilizó en las obras de la primera fase, por lo que corresponde que la segunda fase tenga su propio plazo según lo establezca el respectivo expediente técnico.

16.- Con Cartas GAC.DPWC.191.2013 y GAC.DPWC.192.2013, ambas del 26 de noviembre de 2013, DPWC señala, entre otros argumentos, lo siguiente:

- (i) La APN recién habría comunicado el supuesto nombramiento del Supervisor de Diseño el 16 de agosto de 2013¹. Con anterioridad a ello, el marco legal impedía a DPWC iniciar la preparación del expediente técnico de la Fase 2, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que OSITRAN debe verificar el cumplimiento de las actividades iniciales destinadas a la formulación del expediente técnico; a diferencia de lo señalado por APN.
- (ii) Existe un vacío contractual respecto a los plazos de preparación, presentación y aprobación del expediente técnico que deben ser cubiertos por las Partes mediante una adenda al Contrato. En ese sentido, los plazos consignados para la Fase 1 no son aplicables a la Fase 2, tal como se desprende de la Sección 6.2, la cual establece qué obras deben como

¹Con Carta N° 931-2013-APN/GG, en la APN le informa a DPWC que mediante Oficio N° 178-2007-APN/GG del 26 de marzo de 2007, le comunicó que el Ingeniero Roy Legoas Montejo, Director de la Dirección Técnica de la APN fue designado como Supervisor de Diseño del Muelle Sur.

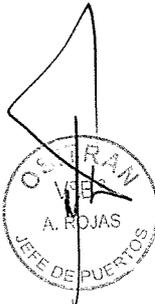
mínimo comprender el expediente técnico, siendo que todas ellas corresponden a la Fase 1.

- (iii) La Fase 2 es un componente distinto del proyecto, con obras distintas a las que se describen en la Sección VI del Contrato, no correspondiendo por ende, la aplicación analógica o supletoria invocada por la APN. Establecer lo contrario atentaría contra la buena fe contractual e implicaría una modificación unilateral al Contrato.
- (iv) DPWC viene cumpliendo con ejecutar actividades iniciales de formulación del expediente técnico al haber contratado al consultor encargado de la ingeniería de diseño y al haber gestionado la aprobación de documentos ambientales y arqueológicos que están vinculados directamente al diseño.

III.- ANÁLISIS

Las facultades de OSITRAN en materia de interpretación contractual

- 17.- El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917², otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- 18.- El artículo 29º del Reglamento General del OSITRAN³ (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación.
- 19.- De igual modo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante los Lineamientos). El numeral 6.1 de los Lineamientos prevé que *“OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)”*. Así también, agrega que *“pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados”*.



² Ley N° 26917.-

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)"

³ REGO

"Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

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

Las cláusulas contractuales objeto de análisis

20.- Las cláusulas principales de la Sección VI del Contrato de Concesión establecen lo siguiente:

“SECCIÓN VI: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

6.1. Para supervisar la elaboración del Expediente Técnico por parte del CONCESIONARIO, la APN deberá designar a un Supervisor de Diseño, en un plazo máximo de tres (03) meses computados desde la Fecha de Suscripción del Contrato. Dicha designación deberá ser comunicada al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (05) Días Calendario desde tal designación.

Cualquier retraso respecto de dicha designación, dará lugar a la Suspensión del plazo de conformidad con lo establecido en la Cláusula 4.2 Inciso c), a solicitud del CONCESIONARIO, por un período igual al que dure dicho retraso.

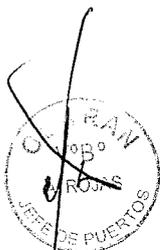
La APN y el REGULADOR podrán acordar la contratación del Supervisor de Diseño aplicando para tal efecto lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM.

6.2 El CONCESIONARIO, dentro de los diez (10) meses contados a partir de la comunicación de la designación del Supervisor de Diseño, deberá presentar a la APN para su aprobación, el Expediente Técnico conforme al Anexo 6 y a su Propuesta Técnica. El Expediente Técnico deberá comprender cuando menos lo dispuesto en dicho Anexo. Asimismo, forma parte integrante del Expediente Técnico, el Plan de Conservación, de acuerdo a las condiciones establecidas en las Cláusulas 7.3. y 7.4.

El Expediente Técnico podrá ser presentado por etapas, conforme a su Propuesta Técnica. Para tal efecto, cada etapa deberá estar claramente definida, de tal manera que se cuente con información necesaria y suficiente para facilitar la aprobación de cada etapa del Expediente Técnico y que permita eventualmente iniciar la Construcción, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 6.18. Adicionalmente, se deberá cumplir en lo que corresponda con Contrato de Concesión las condiciones establecidas en el Anexo 6. Sin perjuicio de ello, el Expediente Técnico en su totalidad, deberá ser presentado en el plazo de diez (10) meses indicado en el párrafo precedente, para su aprobación integral.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo precedente, las etapas del Expediente Técnico deberán comprender cuando menos las siguientes Obras:

1. Demolición del Muelle 9.
2. Demolición y obras preliminares en tierra.
3. Pavimentos, instalaciones y edificaciones en tierra.
4. Dragado (Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur).
5. Relleno del área de almacenamiento.
6. Construcción parcial del Muelle: primer Amarradero.
7. Equipamiento para la operación del primer Amarradero.
8. Obras ICM (Dragado del canal de acceso al Puerto del Callao, de la poza de maniobras y la reparación del rompeolas sur).
9. Otras que el CONCESIONARIO estime necesarias para la operación del primer Amarradero, sujetas a aprobación específica.



El CONCESIONARIO asumirá el riesgo de la ejecución de la Obra por etapas y la obligación de subsanar cualquier anomalía o consecuencia que pudiera afectar la aprobación final del Expediente Técnico y el plazo de la Obra.

(...)

6.3 La APN dispondrá de un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario, a partir de recibido el Expediente Técnico o la etapa correspondiente del mismo, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 6.2, para emitir las observaciones correspondientes o aprobarlo. En caso la APN no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá por aprobado el Expediente Técnico o la etapa correspondiente de ser el caso.

SUPERVISIÓN DE DISEÑO

6.7. Durante la elaboración del Expediente Técnico, el CONCESIONARIO deberá proporcionar al Supervisor de Diseño, designado por la APN, toda la información que solicite y facilitarle el acceso a las actividades y estudios que el CONCESIONARIO realice para este fin.

El Supervisor de Diseño podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional relacionada a los documentos requeridos conforme a esta Sección, la cual deberá ser presentada en un plazo, acorde con el tipo de información solicitada, que no será mayor de diez (10) Días, contados a partir de la fecha en que dicho supervisor haya formulado por escrito la solicitud correspondiente. (...)

6.17 El plazo máximo para la culminación de las Obras indicadas en el Anexo 4, es treinta y seis (36) meses contados a partir del inicio de la Construcción, salvo que medie la suspensión del plazo de la Concesión, de acuerdo con la Cláusula 4.2, o que se apruebe una ampliación del plazo conforme a las Cláusulas 6.19, 6.20 y 6.21, sujeto a lo establecido en el Anexo 4.

Cuando el CONCESIONARIO incumpla con el plazo máximo por razones estrictamente imputables a él, no habiendo solicitado la ampliación de dicho plazo, resultarán de aplicación las penalidades devengadas desde la fecha en que se produjo el incumplimiento hasta la fecha en que culminen las Obras.

En el caso que el incumplimiento del plazo por causa imputable al CONCESIONARIO, genere en forma acumulada un retraso mayor a seis (06) meses del plazo total, además de la aplicación de las penalidades correspondientes, el CONCEDENTE podrá proceder a la resolución del Contrato, previa opinión del REGULADOR.

En caso el Expediente Técnico del CONCESIONARIO contemple Obras adicionales a las indicadas en el Anexo 4, el plazo de ejecución de dichas Obras será establecida por el CONCESIONARIO en el Calendario de Ejecución de Obras y el inicio de su Explotación deberá considerar lo establecido en las Cláusulas 6.22 a 6.29".

Sobre la interpretación iniciada con la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2013-CD-OSITRAN

- 21.- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 033-2013-CD-OSITRAN del 10 de junio de 2013, el Consejo Directivo interpretó el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión de Muelle Sur, indicando que la implementación de la nueva infraestructura (Fase 2) constituye una obligación de DPWC y no sólo una actividad sujeta a la decisión discrecional de dicha empresa, por ende, "luego de determinada que la tasa de ocupación del Muelle Sur ha superado el 70%, el Concesionario se encuentra obligado a formular y presentar ante la Autoridad Portuaria Nacional el Expediente Técnico conducente a la implementación de la Fase 2 - operación de la

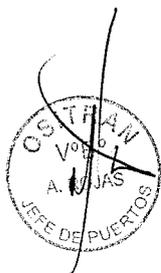
nueva infraestructura y/o el equipamiento adicional-, de acuerdo a su propuesta” (El subrayado es nuestro)

- 22.- Consecuentemente, a fin de dar cumplimiento a la obligación contenida en el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión, el Concesionario deberá formular y presentar ante la APN el expediente técnico conducente a la implementación de la Fase 2, una vez que la tasa de ocupación del Muelle Sur haya superado el 70%.
- 23.- Adicionalmente, el Consejo Directivo dispuso que la administración de OSITRAN adecúe la actividad de supervisión y fiscalización con relación al cumplimiento de la obligación contenida en el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión, a la interpretación precedente, incluyendo la penalidad impuesta mediante Oficio N° 2551-2012-GS-OSITRAN, que se encuentra regulada en la Tabla 5 del Anexo 17 del mencionado Contrato.
- 24.- En atención a ello, mediante Resolución N° 054-2013-CD-OSITRAN del 6 de setiembre de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio de la interpretación de oficio de los alcances de la penalidad consignada en la Tabla 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión del Muelle Sur, al determinarse que según la redacción actual de la misma, DPWC podría ser penalizado por no haber implementado la Fase 2 del Contrato de Concesión, aún en el caso que hubiese presentado el expediente técnico a la APN. En ese sentido, se dispuso efectuar una interpretación sistemática del ítem I del Anexo 4 y la referida penalidad, a fin de generar una aplicación integral de ambas disposiciones contractuales.



Necesidad de ampliación de la interpretación

- 25.- Tal como se ha explicado en la interpretación del ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión, la operatividad de una infraestructura implica necesariamente un proceso compuesto por la ejecución de diversas acciones, de tipo técnico, ambiental y normativo, que no se completan en un solo acto sino que se desarrollan necesariamente en varias fases a través del tiempo, siendo que la ejecución de algunas de estas acciones no depende exclusivamente de la voluntad del Concesionario.
- 26.- Así, la implementación de la nueva infraestructura (Segunda Fase en términos de su Propuesta Técnica – Anexo 16 del Contrato de Concesión) abarca el desarrollo de un terminal de 30.3 hectáreas y un amarradero de 960 metros⁴, así como el equipamiento adicional correspondiente. En ese sentido, a fin de proceder con la ejecución de las obras, previamente se requiere la elaboración y presentación del correspondiente Expediente Técnico ante la APN para su aprobación. Adicionalmente, las actividades portuarias y de construcción y operación de infraestructura están sujetas a la obtención de diversas aprobaciones administrativas, como es el caso de autorización en materia ambiental y de aquella que es obtenida en el marco de la normatividad de protección del patrimonio cultural.
- 27.- Al respecto, de los antecedentes reseñados en el presente informe, se advierte que existe una discrepancia entre DPWC y APN respecto al procedimiento y plazos, tanto de presentación, como de aprobación del expediente técnico correspondiente a la Fase 2, el plazo de ejecución de obras y la designación del Supervisor de Diseño.



⁴ Cabe precisar que en la Fase 1 el desarrollo del terminal es de 22.8 Ha. y amarradero de 650 m.

28.- Por un lado, APN sostiene que las disposiciones contenidas en la Sección VI del Contrato de Concesión resultan aplicables en cuanto a los plazos para la evaluación del expediente, presentación de observaciones y evaluación de absoluciones; no existiendo por ende, vacío legal alguno que impida llevar a cabo la ejecución de la Fase 2, el cual incluso cuenta con Supervisor de Diseño, alegando que el Ingeniero Roy Legoas Montejo fue designado en el año 2007 como supervisor de diseño para todo el proyecto portuario, lo cual incluye la Fase 2, por lo que no es necesaria una nueva designación⁵.

29.- Por su parte, DPWC sostiene que la APN recién habría comunicado que el Supervisor de Diseño de la Fase 1 lo será para la Fase 2, el 16 de agosto de 2013, por lo que es a partir de dicha fecha que OSITRAN deberá verificar el cumplimiento de las actividades iniciales destinadas a la formulación del expediente técnico. Asimismo, alega que la Sección VI del Contrato de Concesión es exclusiva para la Fase 1, existiendo un vacío contractual respecto a los plazos de preparación, presentación y aprobación del expediente técnico de la Fase 2, los cuales deben ser acordados por las Partes mediante una Adenda al Contrato de Concesión y no de manera unilateral por la APN; sin perjuicio de lo cual ha venido ejecutando actividades iniciales respecto a la formulación del expediente técnico⁶.



30.- La discrepancia entre ambas Partes, impide que este Regulador pueda ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización respecto a la implementación de la Fase 2, toda vez que previamente se requiere interpretar si los plazos y procedimientos contenidos en la Sección VI del Contrato de Concesión resultan aplicables a la Fase 2 y, por ende, si son exigibles a DPWC. Lo expuesto, a su vez se encuentra relacionado con la penalidad consignada en la Tabla 5 del Anexo 17, toda vez que ésta sanciona la falta de implementación de dicha Fase, por parte de DPWC, de ser el caso.



31.- En virtud de lo anterior, a fin que la administración de OSITRAN adecúe la actividad de supervisión y fiscalización de conformidad con la interpretación realizada por el Consejo Directivo mediante Resolución de Consejo Directivo N° 033-2013-CD-OSITRAN del 10 de junio de 2013, previamente se requiere realizar una ampliación de la interpretación sistemática del contenido de la penalidad consignada en la Tabla 5 del Anexo 17, la cual se aplica como consecuencia del incumplimiento de la implementación de la Fase 2, a fin de interpretar adicionalmente, la Sección VI del Contrato de Concesión, referido a las Obras de Infraestructura Portuaria, la cual constituye un paso previo para la implementación de la referida Fase, siendo por ello indispensable determinar su aplicación.

Sobre el marco normativo para el inicio del procedimiento de interpretación

32.- Al procedimiento de interpretación de oficio le será de aplicación el siguiente marco legal:

- Los criterios de interpretación establecidos en el Contrato de Concesión.
- La Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- Los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.
- Las demás normas que resulten aplicables.

⁵Informe N° 736-2013-APN/UAI del 30 de octubre de 2013.

⁶Carta GAC.DPWC.191.2013 del 26 de noviembre de 2013.



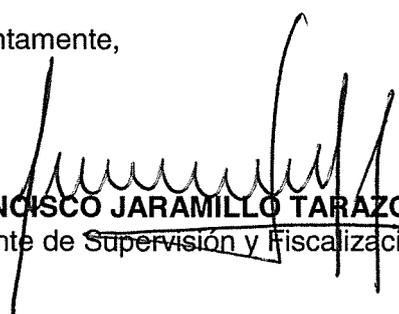
IV. CONCLUSIONES

- (i) El Consejo Directivo interpretó el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión indicando que la implementación de la Segunda Fase del Contrato de Concesión constituye una obligación de DPWC y no sólo una actividad sujeta a la decisión discrecional de dicha empresa y que, por ende, cuando se determine que la tasa de ocupación del Muelle Sur ha superado el 70%, el Concesionario se encuentra obligado a formular y presentar ante la APN, el Expediente Técnico conducente a la implementación de la Fase 2 (operación de la nueva infraestructura y/o el equipamiento adicional), de acuerdo a su propuesta.
- (ii) En atención a ello, el Consejo Directivo dispuso que la administración de OSITRAN debía adecuar la actividad de supervisión y fiscalización con relación al cumplimiento de la obligación contenida en el ítem I del Anexo 4 del Contrato de Concesión, a la interpretación precedente, incluyendo la penalidad que se encuentra regulada en la Tabla 5 del Anexo 17 del mencionado Contrato, la cual penaliza la falta de implementación de la Fase 2; motivo por el cual con Resolución N° 054-2013-CD-OSITRAN del 6 de setiembre, el Consejo Directivo dispuso el inicio de la interpretación de oficio de dicha penalidad.
- (iii) Posteriormente, se ha advertido una discrepancia de posiciones entre DPWC y APN respecto a la aplicación de la Sección VI del Contrato de Concesión para la implementación de la Fase 2, siendo necesario interpretar el Contrato en este extremo a fin que este Regulador pueda ejercer sus actividades de supervisión y fiscalización. Por lo tanto, se genera la necesidad de ampliar la interpretación de oficio de la cláusula de penalidad descrita en la Tabla 5 del Anexo 17, iniciada mediante Resolución N° 054-2013-CD-OSITRAN, a fin de incluir la interpretación de la Sección VI del Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACION

En virtud de lo expresado, recomendamos que el Consejo Directivo disponga la ampliación del procedimiento de interpretación de oficio iniciado mediante Resolución N° 054-2013-CD-OSITRAN, con el objeto de comprender los alcances de la Sección VI del Contrato de Concesión, especialmente de los numerales 6.1, 6.2, 6.3, 6.7 y 6.17.

Atentamente,


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

REG-SAL-GS-GAL-13-35008

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de noviembre de 2013

N° xxx-2013-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Informe N° xxx-13-GS-GAJ-OSITRAN, de fecha xxxx emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

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

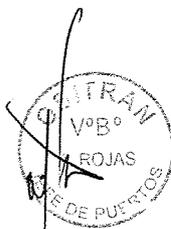
Que, conforme a lo establecido por los mencionados Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión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

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 27444;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha xxxxxx, y sobre la base del Informe N° xxx-13-GS-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la ampliación del inicio de interpretación de oficio de la Sección VI del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura, especialmente los numerales 6.1, 6.2, 6.3, 6.7 y 6.17; a efectos de determinar si tales disposiciones resultan aplicables a la implementación de la Fase 2 de dicho proyecto.



Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° xx-13-GS-GAJ-OSITRAN, a la empresa DP World Callao S.R.L. en su calidad de Concesionario, así como a la Autoridad Portuaria Nacional, como representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.



Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y del Informe N° Informe N° xx-13-GS-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

