



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

000182

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 23 de agosto de 2016

Nº 105-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por APM TERMINALS CALLAO S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 0055-2016-GSF-OSITRAN; el Informe Nº 081-16-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

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

Que, mediante Informe Nº 0185-2015-JCP-GSF-OSITRAN de fecha 30 de setiembre de 2015, 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 cuarto trimestre de explotación (abril a junio de 2012);

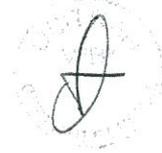
Que, conforme se aprecia en los numerales 9 y 10 del mencionado Informe, en la medición efectuada sobre el cuarto trimestre de explotación de la concesión (abril-junio 2012), se obtuvo que la prestación del servicio alcanzó un promedio trimestral de 397,62 toneladas/horas; por lo que, el Concesionario no habría cumplido con el nivel de servicio y productividad de carga sólida a granel en general del "Promedio Trimestral" exigido en el literal g) del numeral I del Anexo 3 del Contrato de Concesión, que es de 400 toneladas/hora;

Que, asimismo, la Jefatura de Contratos Portuarios a través del precitado Informe, concluyó lo siguiente: (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 en el cuarto trimestre de Explotación de la Concesión; (ii) estos hechos permiten establecer el presunto incumplimiento de las siguientes obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión: a) lograr cuando menos los niveles de servicio y productividad indicados en el Anexo 3, para la prestación de los Servicios Estándar; b) lograr para la carga sólida a granel un rendimiento promedio trimestral de 400 toneladas/hora, obligación establecida en el literal g) del numeral I del Anexo 3 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 04 de diciembre del 2015, mediante el Oficio Nº 0076-2015-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización notificó al Concesionario el presunto incumplimiento y le concedió el plazo de diez (10) días hábiles para formular sus descargos;

Que, en atención a la solicitud de ampliación de plazo formulada por el Concesionario para la presentación de sus descargos, mediante Oficio Nº 0091-2015-JFI-GSF-OSITRAN, notificado el 21 de diciembre de 2015, la Jefatura de Fiscalización le concedió cinco (5) días hábiles adicionales;

Que, a través de la Carta Nº 658-2015-APMTC/LLR del 23 de diciembre de 2015, el Concesionario presentó sus descargos y solicitó se declare el archivo definitivo del procedimiento;



OSITRAN
Documento Auténtico de 5

Vanina Katińska Enciso Alvarez
FEDATARIO
Reg. Nº..... Fecha: 31 AGO 2016

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

000181

Que, con fecha 20 de enero del presente año, se llevó a cabo la audiencia para el uso de la palabra, en atención a lo solicitado por el Concesionario a través de la Carta N° 668-2015-APMTC/LLR;

Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0055-2016-GSF-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0075-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario mediante Oficio N° 272-2016-GSF-OSITRAN del 09 de junio de 2016, se declaró que APMTC 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 niveles de servicio y productividad para carga sólida a granel en general durante el cuarto trimestre de explotación de la concesión (abril-junio 2012), configurándose la infracción tipificada en el numeral 12.2 del artículo 12 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; asimismo, se impuso al Concesionario, a título de sanción, una multa de 30.87 UIT por el referido incumplimiento;

Que, con fecha 01 de julio de 2016, el Concesionario interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0055-2016-GSF-OSITRAN, solicitando se declare fundado y se deje sin efecto dicho resolutivo, 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 del Procedimiento Administrativo General, que prescribe que sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas previstas expresamente, sin admitir interpretación extensiva o analógica, en tanto los hechos imputados en el presente caso no configuran los supuestos del tipo infractor.

En ese sentido, el apelante señala que la primera instancia no realizó un análisis de lo que debe entenderse por "condiciones o especificaciones técnicas de operación", lo cual ha conllevado a que la resolución recurrida, sin sustento alguno, afirme que los niveles de servicio y productividad 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 a granel en general, ello no es impedimento para que, ante el mencionado incumplimiento, se aplique supletoriamente lo establecido en el RIS. 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 penalidades sólo 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 desconocido aplicando supletoriamente el RIS.
- 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,



OSITRAN Documento Auténtico de 5

Vanina Katiuska Enciso Alvarez
FEDATARIO
Reg. N° Fecha: 31 AGO. 2016

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

000180

producto de factores externos fuera de su control, derivados entre otros, por la deficiente estiba de la carga al interior de las naves, las particularidades propias de la carga, la capacidad logística de los usuarios y las medidas necesarias de seguridad.

- 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; contrariamente, 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, pues impide al Concesionario atender un mayor número de naves y prestar un mayor número de servicios.
 - El cálculo efectuado por el OSITRAN no tiene en cuenta los montos dejados de percibir por APMTC por el hecho de no disponer de la infraestructura portuaria para atender otras naves.

Que, la Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el día de su presentación, es decir, el 01 de julio de 2016;

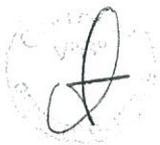
Que, en atención a lo solicitado por la Gerencia de Asesoría Jurídica, a través del Informe N° 20-16-GRE-OSITRAN de fecha 15 de agosto del presente año, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitió su pronunciamiento sobre los argumentos esgrimidos por el Concesionario, en torno a la cuantificación de la multa impuesta mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0055-2016-GSF-OSITRAN;

Que, asimismo, con Memorando N° 0694-2016-GSF-OSITRAN recibido el 17 de agosto de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización informó a la Gerencia de Asesoría Jurídica los criterios jurídicos y técnicos que sustentan lo señalado en el Informe N° 0075-2016-JFI-GSF-OSITRAN, respecto a que los niveles de servicio y productividad a que se refiere el Contrato de Concesión, constituyen condiciones de operación según los términos contenidos en el numeral 12.2 del artículo 12 del RIS;

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

Que, la Gerencia de Asesoría Jurídica a través del Informe N° 081-16-GAJ-OSITRAN, ha analizado y evaluado los argumentos del impugnante, consignados en su Recurso de Apelación, y ha concluido, entre otros, lo siguiente:

- En torno al argumento del Concesionario de que en el presente caso se ha vulnerado el principio de tipicidad se debe señalar que, estando a lo dispuesto en el Contrato de Concesión,





000178

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 niveles de servicio y productividad previstos en el Contrato de Concesión son obligaciones que el Concesionario debe cumplir cabalmente durante las operaciones que se realicen en el terminal portuario. En ese sentido, las operaciones que el Concesionario lleva a cabo en el terminal, como parte de su derecho a explotar la Concesión, se encuentran condicionadas a que el Concesionario cumpla estrictamente los indicadores de servicio y productividad mínimos exigidos (NSP), caso contrario, será pasible de las sanciones a que hubiera lugar. Por lo tanto, los NSP califican 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. Asimismo, una lectura como la del Concesionario también sería contraria al principio de la buena fe contractual, previsto en el artículo 1362 del Código Civil, por cuanto se incentivaría a que el Concesionario incurra constantemente en trasgresiones al referido indicador, sin que su actuación, ajena al debido cumplimiento de sus obligaciones contractuales, reciba una consecuencia legal. Por tal razón, este argumento también se debe descartar.
- En torno al argumento de que los incumplimientos de los NSP en el cuarto 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 este el que asume el riesgo operativo de la Concesión y el que responde frente al Estado por el incumplimiento de sus compromisos contractuales. En tal sentido, este argumento también deviene en infundado.
- Respecto al cuestionamiento del apelante sobre la forma en que se ha calculado el beneficio ilícito, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos sostiene que el beneficio ilícito calculado por la primera instancia corresponde en realidad a los ingresos obtenidos por el Concesionario por la prestación de un servicio con condiciones y características inferiores a las pactadas contractualmente, sin tomar en cuenta los costos incurridos para su prestación. Asimismo, concluyó que no es cierto que durante el trimestre bajo análisis se hayan registrado altas tasas de ocupación en los muelles del TNM que se encuentran facultados a atender carga sólida a granel en general. Estando a ello, dicha Gerencia calculó que el beneficio ilícito para el presente caso asciende a S/ 47 278.73, por lo que, el cuestionamiento del Concesionario a la forma del cálculo del beneficio ilícito resulta atendible.

En atención a lo expuesto, corresponde recalcular el monto de la multa, por lo que considerando los agravantes y atenuantes del presente caso, la multa impuesta al Concesionario debe ser reducida a 16.75 UITs.

Que, tal como lo manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 081-16-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 Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, literal d), 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 Documento Autenticado

Vanina Katińska Enciso Alvarcz FEDATARIO Reg. N°..... Fecha: 31 Abo. 2016



000178

artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado;

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

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar 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° 0055-2016-GSF-OSITRAN, por los fundamentos precedentemente expuestos; y, en consecuencia, modificar la multa equivalente a 30.87 UIT impuesta al Concesionario, debiendo imponerse como sanción una multa equivalente a 16.75 UIT; dando por agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de APM TERMINALS CALLAO S.A para el pago de la sanción establecida de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, conforme a lo señalado 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° 081-16-GAJ-OSITRAN, a la empresa APM TERMINALS CALLAO S.A.; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

Reg. Sal. GG. 30237-16

OSITRAN
Documento Autenticado
Vanina Katiúska Enciso Alvarez
FEDATARIO
Reg. N° Fecha: 31 AGO. 2016