

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 013-2016-CD-OSITRAN

Lima, 29 de marzo de 2016

VISTOS:

El Oficio N° 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, remitido por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 23 de marzo de 2016, emitido por la Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de enero de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con la Empresa Transportadora Callao S.A. (el Concesionario), el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación por veinte (20) años, del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en adelante, el Contrato de Concesión;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la citada Ley, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (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 en única instancia administrativa. 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;

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 los referidos 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, de acuerdo al numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Oficio N° 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público el MEF solicitó a OSITRAN la interpretación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si procede la devolución al Concesionario de los fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño, por parte de la APN;

Que, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN del 23 de marzo de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- i. La solicitud de interpretación, presentada por el MEF, no cumple con el requisito de procedencia previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, al no calificar dicha entidad como tercero legítimamente interesado. En tal sentido, se recomienda que el Consejo Directivo declare improcedente dicha solicitud.
- ii. Sin perjuicio de lo expuesto, de los antecedentes remitidos se advierte que ha surgido una situación que requiere ser analizada y que está referida a cómo debe actuar la APN en el supuesto que, luego de desembolsado el monto efectivamente empleado para la supervisión de diseño, quede un remanente que no ha sido utilizado en dicha supervisión. Definir esto último adquiere relevancia habida cuenta que el Concesionario ha presentado ante la APN una solicitud a fin de que se le reembolse el saldo no utilizado en la supervisión de diseño.
- iii. Por lo tanto, previamente a que el Regulador efectúe el análisis de la dicha situación y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en el numeral 6.10 del Contrato de Concesión, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, a la APN y al Concesionario, para que en un plazo de siete (7) días hábiles, remitan su posición.

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 hace suyo y 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 de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 581-16-CD-OSITRAN;



SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, al no calificar dicha entidad como tercero legítimamente interesado, de conformidad con el análisis realizado en el Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.

Artículo 3º.- Disponer, de oficio, que se notifique el Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A., para que en un plazo de siete (7) días hábiles contados a partir de la notificación, remitan su posición a OSITRAN, a efectos de que el Regulador determine si ejercerá de oficio su facultad de interpretación respecto de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión.

Artículo 4º.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A.

Artículo 5º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 11145

INFORME N° 014-16-GSF-GAJ-OSITRAN

23 MAR 2016

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica



Asunto : Solicitud de interpretación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao

Referencia : Oficio N° 011-2016-EF/52.03 recibido el 28.01.2016

Fecha : 23 de marzo de 2016

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto a la solicitud de interpretación efectuada por el Ministerio de Economía y Finanzas con relación a la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en cuanto a la procedencia de la devolución de fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño por parte de la Autoridad Portuaria Nacional - APN.

II. ANTECEDENTES

2. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con fecha 28 de enero de 2011, el Contrato de Concesión con la Empresa Transportadora Callao S.A. (el Concesionario), para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación por veinte (20) años, del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en adelante, el Contrato de Concesión.
3. De acuerdo con lo establecido en el párrafo cuarto de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, el Concesionario asumirá los costos de la supervisión del diseño y obras, incluido IGV. El monto máximo que el Concesionario destinará a los costos de la supervisión del Diseño y Obras, incluyendo IGV, será del cinco (5%) del Monto Referencial de la inversión ascendente a la suma de US\$ 120'330,000.00 incluyendo IGV según lo establecido en la Declaración de Interés; siendo que de dicho 5% corresponde a Supervisión de Diseño y otros gastos vinculados a esta el 1 %.
4. A través del Oficio N° 0585-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 14 de julio de 2015, complementado por Oficio N° 646-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 6 de agosto de 2015, y Oficio N° 694-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 25 de agosto de 2015, la APN solicitó a OSITRAN lo siguiente:



"(...) lo que la APN solicita es que se señale los alcances de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Puerto del Callao, a efectos de confirmar si el saldo no utilizado por la Autoridad Portuaria Nacional en la supervisión de diseño, debe ser devuelto al Concesionario. No se requiere el inicio de procedimiento de interpretación ante su Consejo Directivo."

5. Ante la solicitud efectuada por la APN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN le remitió el Oficio N° 0400-15-JCP-GSF-OSITRAN, de fecha 9 de setiembre de 2015, a través del cual manifestó lo siguiente:

"De lo establecido literalmente en la citada cláusula, se advierte con claridad que el Concesionario debe asumir el pago de la Supervisión de Diseño y la Supervisión de Obras por un monto máximo del 5% del Monto Referencial de la Inversión según la Declaración de Interés. De dicho monto el 1% debe ser destinado a la Supervisión de Diseño, cuya competencia recae en la Autoridad Nacional Portuaria."

Adicionalmente, del texto transcrito se desprende que los montos abonados por el Concesionario a la APN en virtud de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, deben ser utilizados para financiar los costos de Supervisión de Diseño (honorarios y gastos); dicha cláusula no dispone que de existir algún saldo del monto abonado por el Concesionario, dicho remanente pueda ser utilizado para fines distintos a dicha Supervisión."

6. Mediante Oficio N° 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) ha solicitado a OSITRAN lo siguiente:

"5. (...) mediante Oficio N° 022-2016-APN/GG-UAJ, a efectos de contar con mayores elementos de juicio según lo señalado por la APN, remite copia del Oficio N° 0400-15-JCP-GSF-OSITRAN, suscrito por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN en atención a la solicitud de interpretación de la APN de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión a efectos de dilucidar si en efecto el monto no utilizado por dicha entidad para la Supervisión de Diseño, puede ser devuelto o no al Concesionario."

6. En ese contexto, (...) y estando a la atribución legal del Consejo Directivo de OSITRAN de interpretar los Contratos de Concesión de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 26917, el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, acudimos a su Despacho a fin de que se sirva emitir opinión respecto del alcance de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión en cuanto a la procedencia de la devolución de fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño."

III. ANÁLISIS

7. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- a. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- b. Evaluación de la solicitud de interpretación presentada por el MEF.
- c. Facultad de oficio para la interpretación del contrato de concesión.



A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

8. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
9. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM², dispone que 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 Infraestructura³. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.
10. Por su parte, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), precisa 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; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.
11. En ese orden normativo, en cumplimiento de una de las funciones principales atribuidas a este Organismo Regulador, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar, de oficio o a pedido de parte o de terceros legitimados, el Contrato de Concesión.

B. Evaluación de la solicitud de interpretación presentada por el MEF

12. Mediante Oficio N° 011-2016-EF/52.03, el MEF solicitó la interpretación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si procede la devolución al Concesionario de los fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño, por parte de la APN.

¹ 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.

(...)."

² Modificado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM.

³ Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.



13. Sobre el particular, atendiendo a que la solicitud de interpretación no es efectuada por ninguna de las Partes (Concedente o Concesionario) del Contrato de Concesión, en primer término, corresponde determinar si el solicitante, esto es el MEF, constituye un tercero legítimamente interesado para solicitar al Regulador la interpretación del numeral 6.10 del Contrato de Concesión.
14. Con relación a lo anterior, de la lectura de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, se advierte que este desarrolla el tema referido a la Supervisión de Diseño, comprometiendo al Concesionario a otorgar al Supervisor de Diseño designado por la APN toda la información que se disponga o deba producirse. Del mismo modo, dispone que el Concesionario asumirá los costos de la Supervisión de Diseño, indicando el monto máximo que se destinará para tal fin. Adicionalmente, establece que es de competencia exclusiva de la APN la elección y contratación del Supervisor de Diseño; no obstante los honorarios y gastos derivados de las actividades de supervisión serán pagados por la APN a costa del Concesionario.
15. Cabe señalar que en la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión se hace mención, además de las partes (Concesionario y Concedente), a los siguientes sujetos: Supervisor de Diseño, ENAPU, Accionistas del Concesionario y Empresas vinculadas al Concesionario. Naturalmente, también se encuentran incluidos los usuarios como beneficiarios de los servicios que presta el Concesionario. En consecuencia, el referido numeral no hace alusión alguna al MEF, quien ha solicitado su interpretación.
16. Por otro lado, resulta pertinente manifestar que en la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión las partes acuerdan la forma en la cual se financia la Supervisión de Diseño, siendo evidente que dicho financiamiento no se encuentra relacionado con recursos que provengan del tesoro público, ya que se establece expresamente que quien se hará cargo del financiamiento de la referida Supervisión es el Concesionario, es decir, se trata de un financiamiento derivado de recursos privados, cuyo origen y finalidad deriva exclusivamente del marco contractual.
17. En tal sentido, teniendo en cuenta lo señalado en la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que la solicitud de interpretación presentada por el MEF no cumple con el requisito previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos, ya que dicha institución no califica como tercero legítimamente interesado en lo que respecta a la Supervisión de Diseño ni al porcentaje de supervisión asignada a la misma, por el acuerdo de las partes (Concedente y Concesionario). Por tanto, no corresponde que el Consejo Directivo del OSITRAN proceda a tramitar la solicitud de interpretación presentada por el MEF.

C. Facultad de oficio para la interpretación del contrato de concesión.

18. Sin perjuicio de lo señalado, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente y los Lineamientos de OSITRAN, considerando que este Regulador, como se ha indicado anteriormente, solamente puede interpretar el Contrato en tanto se advierta la existencia de una cláusula con las características antes mencionadas, siendo que en caso



OSITRAN determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia.

19. Si bien el MEF no cumple con el requisito previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos, ya que dicha institución no califica como tercero legítimamente interesado en lo que respecta a la Supervisión de Diseño, se ha puesto de manifiesto al Regulador la existencia de una posible oscuridad o duda respecto de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, relacionada a la procedencia de la devolución de fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño. En vista de ello, el Regulador resulta competente, previamente al ejercicio de su facultad de interpretación de oficio, para evaluar si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en dicha cláusula, que amerite interpretar el contrato de concesión.
20. Al respecto, el numeral 6.10 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"SUPERVISIÓN DE DISEÑO

6.10. Durante la elaboración del Expediente Técnico el CONCESIONARIO deberá proporcionar al Supervisor de Diseño designado por la APN, toda la información que solicite que se disponga o que deba producirse, bajo el principio de razonabilidad, relacionada con dicho expediente 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.

El Supervisor de Diseño no deberá estar prestando directamente ni indirectamente ningún tipo de servicios a favor de ENAPU. Asimismo, no deberá estar prestando directamente ni indirectamente ningún tipo de servicios a favor del CONCESIONARIO, sus accionistas o Empresas Vinculadas. Esta limitación se extiende hasta los doce (12) meses anteriores a la Fecha de Suscripción del Contrato, en el Perú o en el extranjero. Asimismo, el Supervisor de Diseño deberá mantener la confidencialidad debida respecto de la información a la que tenga acceso, para el cumplimiento de sus funciones, y cualquier otra información o comunicación vinculada al Expediente Técnico.

El CONCESIONARIO asumirá los costos de la supervisión del diseño y obras, incluido IGV. El monto máximo que el CONCESIONARIO destinará a los costos de la supervisión del diseño y Obras, incluyendo IGV, será del cinco (5%) del Monto Referencial de la Inversión ascendente a la suma de US\$ 120 330.000.00 incluido el IGV según lo establecido en la Declaración de Interés.

El porcentaje indicado en el párrafo precedente se distribuirá de acuerdo a lo siguiente:

- Por concepto de Supervisión de Diseño y otros gastos vinculados a esta: 1 %.
- Por concepto de Supervisión de Obra y otros gastos vinculados a esta: 4%.

La APN podrá contratar, a través de un procedimiento de selección, a un Supervisor de Diseño, de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Dicho Supervisor actuará únicamente por cuenta y en representación de la APN, en ese sentido la titularidad de la supervisión la mantiene la APN.



Es de competencia exclusiva de la APN la elección y contratación del Supervisor de Diseño.

Los honorarios y gastos derivados de las actividades de supervisión serán pagados por la APN a costa del CONCESIONARIO.

En caso que el CONCESIONARIO no cancele el monto indicado anteriormente, el CONCEDENTE, previa coordinación con la APN, podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato hasta por el monto no cancelado."

[El subrayado y resaltado es nuestro]

21. De la lectura de la citada cláusula se advierte que el Concesionario asumirá los costos de la supervisión de diseño, incluido el IGV, hasta el 1% del Monto Referencial de la Inversión, que asciende a la suma de US\$ 120 330 000,00 incluido el IGV según lo establecido en la Declaración de Interés; asimismo, se establece que la supervisión de diseño debe ser contratada por la APN.
22. En tal sentido, al haberse previsto expresamente en el Contrato de Concesión que el Concesionario es el obligado a asumir los gastos que demanden las actividades de Supervisión de Diseño, se tiene que dichos fondos tienen por objeto dar cumplimiento a una obligación asumida contractualmente por este.
23. Ahora bien, de los antecedentes remitidos se advierte que ha surgido una situación que requiere ser analizada y que está referida a cómo debe actuar la APN en el supuesto que, luego de desembolsado el monto efectivamente empleado para la supervisión de diseño, quede un remanente que no ha sido utilizado en dicha supervisión. Definir esto último adquiere relevancia habida cuenta que el Concesionario ha presentado ante la APN una solicitud a fin de que se le reembolse el saldo no utilizado en la supervisión de diseño.
24. Al respecto, previamente a que este Regulador efectúe dicho análisis y determine si en el presente caso existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en dicha cláusula, que amerite ejercer de oficio su facultad de interpretación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, corresponde que dicha situación sea puesta en conocimiento de las Partes, toda vez que uno de los objetivos fundamentales de este Regulador es velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, para lo cual debe regir su actuación —entre otros— en el Principio de Transparencia, que tiene por finalidad velar por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones.
25. En efecto, se considera pertinente correr traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, a la APN y al Concesionario, a fin de que, previamente a que el Regulador determine si corresponde ejercer o no su facultad de interpretación de oficio, manifiesten su posición respecto a la situación planteada, para lo cual se recomienda otorgarles un plazo de siete (7) días hábiles.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

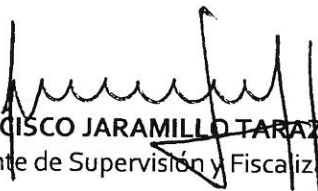
26. La solicitud de interpretación, presentada por el MEF, no cumple con el requisito de procedencia previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y



Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, al no calificar dicha entidad como tercero legítimamente interesado. En tal sentido, se recomienda que el Consejo Directivo declare improcedente dicha solicitud.

27. Sin perjuicio de lo expuesto, de los antecedentes remitidos se advierte que ha surgido una situación que requiere ser analizada y que está referida a cómo debe actuar la APN en el supuesto que, luego de desembolsado el monto efectivamente empleado para la supervisión de diseño, quede un remanente que no ha sido utilizado en dicha supervisión. Definir esto último adquiere relevancia habida cuenta que el Concesionario ha presentado ante la APN una solicitud a fin de que se le reembolse el saldo no utilizado en la supervisión de diseño.
28. Por lo tanto, previamente a que el Regulador efectúe el análisis de la dicha situación y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en el numeral 6.10 del Contrato de Concesión, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, a la APN y al Concesionario, para que en un plazo de siete (7) días hábiles, remitan su posición.
29. Se recomienda que se eleve el presente Informe, para consideración y aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Atentamente


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

REG-SAL. 10446
Ref. HR: 2050

**OSITRAN
GERENCIA GENERAL**

PROVEIDO N° : 876-2016-06

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 23/03/16



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº xx-2016-CD-OSITRAN

Lima, xx de marzo de 2016

VISTOS:

El Oficio Nº 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, remitido por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Informe Nº xxxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha xx de marzo de 2016, emitido por la Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de enero de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con la Empresa Transportadora Callao S.A. (el Concesionario), el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación por veinte (20) años, del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en adelante, el Contrato de Concesión;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley Nº 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la citada Ley, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;



Que, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 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 en única instancia administrativa. 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;

Que, mediante Acuerdo Nº 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 los referidos 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, de acuerdo al numeral 6.1 de los Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Oficio N° 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público el MEF solicitó a OSITRAN la interpretación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si procede la devolución al Concesionario de los fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño, por parte de la APN;

Que, las Gerencias de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° xxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN del xx de marzo de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- i. La solicitud de interpretación, presentada por el MEF, no cumple con el requisito de procedencia previsto en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, al no calificar dicha entidad como tercero legítimamente interesado. En tal sentido, se recomienda que el Consejo Directivo declare improcedente dicha solicitud.
- ii. Sin perjuicio de lo expuesto, de los antecedentes remitidos se advierte que ha surgido una situación que requiere ser analizada y que está referida a cómo debe actuar la APN en el supuesto que, luego de desembolsado el monto efectivamente empleado para la supervisión de diseño, quede un remanente que no ha sido utilizado en dicha supervisión. Definir esto último adquiere relevancia habida cuenta que el Concesionario ha presentado ante la APN una solicitud a fin de que se le reembolse el saldo no utilizado en la supervisión de diseño.
- iii. Por lo tanto, previamente a que el Regulador efectúe el análisis de la dicha situación y determine si existe o no ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad en el numeral 6.10 del Contrato de Concesión, que amerite en el presente caso ejercer de oficio su facultad de interpretación, corresponde que se corra traslado el presente informe y los antecedentes respectivos al MTC, a la APN y al Concesionario, para que en un plazo de siete (7) días hábiles, remitan su posición.

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 hace suyo y 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 de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° xxxx-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, al no calificar dicha entidad como tercero legítimamente interesado, de conformidad con el análisis realizado en el Informe N° xxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN.

Artículo 2º.- Disponer, de oficio, que se corra traslado del Informe N° xxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN y los antecedentes respectivos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A., para que en un plazo de siete (7) días hábiles, remitan su posición a OSITRAN, a efectos de que el Regulador determine si ejercerá de oficio su facultad de interpretación respecto de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión.

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° xxx-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A.

Artículo 4º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° xxxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo
OSITRAN

