

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 002-2001-GG-OSITRAN

Lima, 02 de marzo de 2001

**PROCEDIMIENTO DE OFICIO
EXPEDIENTE Nº 004-2000-GG-OSITRAN
FISCALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 5.9 Y DEL ANEXO
5.5. (Bii) DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL TERMINAL PORTUARIO DE
MATARANI**

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN;

VISTOS:

El informe Nº 06-2000-DTIT-OSITRAN de fecha 19 de octubre de 2000, debidamente notificado a la empresa concesionaria mediante carta Nº 091-00-GG-OSITRAN con fecha 25 de octubre de 2000, mediante el cual el Jefe de la División Técnica de Infraestructura de Terminales, en adelante (DTIT) pone en conocimiento de la Gerencia General que detectó el incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 5.9 del contrato de concesión del Terminal Portuario de Matarani, recomendando la imposición de una sanción;

El informe ampliatorio Nº 010 - 2000 - DTIT - OSITRAN de fecha 27 de diciembre de 2000, mediante el cual el Jefe de la mencionada División, identifica que se ha producido el incumplimiento de la Mejora Eventual constituida por la cobertura total de la faja transportadora de minerales e instalación de un sistema de colección de contaminantes en el túnel y faja de minerales, informe que fue debidamente notificado a la empresa concesionaria con carta Nº 006 - 2001 - GG - OSITRAN con fecha 05 de enero de 2001;

La comunicación de fecha 07 de noviembre de 2000 mediante el cual TISUR S.A. formula sus descargos al primer informe mencionado;

La comunicación de fecha 19 de enero de 2001 mediante el cual TISUR S.A. amplía sus descargos; y

El memorando Nº 015 - 01 - GL - OSITRAN de fecha 28 de febrero de 2001; y

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en literal a) del artículo 5º de la Ley Nº 26917 corresponde a OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte de uso público, para lo cual cuenta con la atribución fiscalizadora establecida en el artículo 6.3º del mismo cuerpo legal, la misma que se refiere la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión;

Que, el literal a) del artículo 7.1º de la ley mencionada establece como una de las funciones principales de OSITRAN, la de administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito;

Que, el literal c) del artículo 7.1º de la misma ley establece que es función de OSITRAN adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006 -99-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN;

Que, en el Título III del referido Reglamento se establece las reglas del procedimiento administrativo sancionador, y se contempla como órganos competentes para imponer sanciones en primera instancia a la Gerencia General y a los Cuerpos Colegiados de OSITRAN, en aquellas controversias que le correspondan resolver;

Que, la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, define la función fiscalizadora y sancionadora como aquella que comprende imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

Que el D.S. N° 010 - 2001 -. PCM establece en su artículo 35º, que dentro de las funciones de supervisión, el OSITRAN podrá velar por el cumplimiento de las normas de protección al medioambiente referidas a las actividades que son objeto de su competencia;

Que, el artículo 36º del referido reglamento precisa que la función fiscalizadora y sancionadora permite al OSITRAN imponer sanciones y medidas correctivas a las ENTIDADES PRESTADORAS por el incumplimiento de las normas aplicables, de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN aplicables a los contratos de concesión y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión;

Que, en el presente caso, mediante los informes de VISTOS se da cuenta de las labores realizadas por la División Técnica de Infraestructura de Terminales en lo concerniente a la fiscalización del cumplimiento del numeral 5.9 del Contrato de Concesión suscrito por la empresa TISUR S.A. con el Estado Peruano con fecha 17 de agosto de 1999;

Que, el numeral 5.9. del mencionado Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"5.9. Planes de Diseño y de Trabajo. El Concesionario será responsable de que el diseño y el trabajo con relación a cualquier Mejora sean llevados a cabo de tal manera que ésta sea completa y adecuada para los propósitos y de acuerdo con los planos, especificaciones y otros documentos a los que se hace referencia en el presente Contrato y que permitiéndolo su naturaleza sea diseñada y efectuada de manera tal que, adecuadamente mantenida, tenga una vida útil no menor de cincuenta (50) años, así como de implementar todas las medidas requeridas de acuerdo con los Criterios Mínimos de Operación y los Criterios de

Calidad. El Operador Principal presentará a OSITRAN un plan de diseño para las Mejoras Obligatorias requeridas durante el Período Quinquenal y Gastos relacionados, y el primer programa de trabajo y presupuesto, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la Fecha de Cierre. **Los planos de diseño y de trabajo de cualquier Mejora, incluyendo aquellas de carácter temporal o provisional, estarán sujetos a la aprobación de OSITRAN.** Subsiguientemente, tal presentación, planes de diseño, programas de trabajo y presupuestos anuales serán preparados y presentados a OSITRAN y al Concesionario, conforme a lo previsto en el Contrato de Operación entonces en vigor, como mínimo en forma anual. Los planos de diseño y de trabajo podrán ser modificados sólo con la aprobación de OSITRAN". (el resaltado es nuestro);

Que, la obligación contractual de presentar los Planes de Diseño y de Trabajo relativos a la Mejora Eventual constituida por la cobertura total de la faja transportadora de minerales e instalación de un sistema de colección de contaminantes en el túnel y faja de minerales, a que hace referencia el Formato 5.5. (bii) Mejoras Eventuales del contrato de concesión, fue requerida mediante carta N° 024 - 00 - DTIT - OSITRAN de fecha 04 de mayo de 2000, en la que se solicitó a TISUR que informase al OSITRAN sobre los Planes de Diseño y de Trabajo relativos a la precitada Mejora;

Que, en el Acuerdo de Reunión N° 02-2000- CONCESIÓN "MATARANI": TISUR – OSITRAN del 18 de Julio de 2000, TISUR se comprometió a presentar los mencionados Planes de Diseño y de Trabajo el día 11 de agosto de 2000;

Que, mediante comunicación N° 163 -2000-TISUR/GG fechada el 15 de agosto de 2000 y recibida el 17 de agosto de dicho año, TISUR solicitó se le extienda hasta el 31 de agosto del 2000, el plazo para la presentación de los Planes de Diseño y Trabajo;

Que, mediante carta N° 040 -2000-DTIT-OSITRAN del 18 de agosto de 2000, la DTIT concede a TISUR S.A. un nuevo plazo de cumplimiento para que presente los precitados Planes, el día 1° de septiembre del 2000, a pesar de la presentación extemporánea de la solicitud;

Que, mediante correo electrónico enviado el viernes 1° de septiembre de 2000 a las 11:52 a.m. a la Gerencia General de TISUR S.A., OSITRAN advierte que ese mismo día se vencía el plazo adicional concedido para presentar los planes en cuestión;

Que, mediante facsímil de la carta N° 175 –2000-TISUR/GG fechada el 31 de agosto del 2000, la misma que fue recibida por OSITRAN el 1° de septiembre del 2000 a las 6:18 p.m., TISUR comunica al OSITRAN no haber recibido la totalidad de las evaluaciones solicitadas a sus empresas consultoras;

Que, TISUR no cumplió con presentar las Planes de Diseño y de Trabajo en la nueva fecha de cumplimiento requerida por la DTIT, esto es al 1° de septiembre de 2000, sino hasta el 23 de octubre de 2000, mediante la remisión de la carta N° 198-2000-TISUR/GG.

Que, en el informe N° 06-2000-DTIT-OSITRAN de fecha 19 de octubre de 2000, notificado a la empresa concesionaria mediante carta N° 091 -00-GG-OSITRAN de fecha 25 de octubre de 2000, la DTIT detecta la comisión de la infracción descrita

en el artículo 30^o¹ del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, recomendando a la Gerencia General la imposición de la sanción establecida en dicha norma;

Que, en los dos escritos de descargos de VISTOS, TISUR reconoce la existencia de demora en la presentación de Planes de Diseño y de Trabajo, aunque aduce ser justificada;

Que, la presunta justificación se centra en que TISUR no contaba con un procedimiento establecido para la elaboración del Plan de Diseño y de Trabajo, así como que no contó con información que debía serle alcanzada por terceros;

Que, al respecto, es necesario tomar en cuenta que el numeral 18.1. del contrato de concesión establece lo siguiente:

"18.1. Estudio del Medio Ambiente:

En un plazo de seis (6) meses contados a partir de la Fecha de Cierre, el Concesionario conviene en realizar, a su propio costo, un estudio de medio ambiente y del impacto ambiental, efectuados por una firma de consultores independientes de reconocido prestigio y experiencia pertinente, seleccionada y contratada por el Concesionario de una lista autorizada por OSITRAN a dicho efecto";

Que, la Fecha de Cierre en la que se suscribió el contrato de concesión, se realizó el día 17 de agosto de 1999, por lo que en cumplimiento del numeral 18.1. del contrato de concesión, TISUR debía presentar ante OSITRAN dicho Estudio de Medio Ambiente y de Impacto Ambiental, en adelante (EIA), el día 17 de febrero de 2000, sin embargo, atendiendo a las consideraciones expuestas por TISUR, OSITRAN le otorgó una prórroga para la presentación del EIA, la misma que se verificó efectivamente el día 2 de mayo de 2000;

Que, el EIA tiene como fin precisar los alcances de las obligaciones de TISUR y del Estado Peruano en materia de protección del medio ambiente dentro del Terminal Portuario de Matarani;

Que, los Planes de Diseño y de Trabajo de las Mejoras se presentan con posterioridad a la presentación del EIA, con el fin de recibir la aprobación de OSITRAN antes del inicio físico de las obras;

Que, en virtud a la prórroga solicitada por TISUR, la DTIT requiere a dicha empresa para que presente de dichos Planes de Diseño y de Trabajo el día 1º de septiembre de 2000, tal como se ya ha indicado, lo que significa que la empresa contó con cuatro meses desde presentado el EIA, para establecer un procedimiento de elaboración de los referidos Planes de Diseño y de Trabajo, tiempo más que razonable si se toma en cuenta que de acuerdo al Formato 5.5. (bii) Mejoras Eventuales del contrato de concesión, el plazo total de ejecución de la referida Mejora es de seis meses;

Que, en la medida que se trata de una obra propuesta por la empresa en su Propuesta Técnica, corresponde a la empresa el establecimiento de los

¹ Artículo 30º.- Demora en el suministro de información: Las Entidades Prestadoras que demoren injustificadamente el suministro de la información requerida de conformidad con el artículo precedente, incurrirán en infracción grave - Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN.

procedimientos idóneos para cumplir con los plazos establecidos por el contrato de concesión;

Que, con relación a la falta de información que terceros debía presentar a TISUR, es necesario tomar en cuenta que en los contratos de concesión celebrados por el Estado, responde frente éste la empresa concesionaria, por lo que las infracciones, errores u omisiones de sus subcontratistas no son imputables a éstos últimos, sino al concesionario;

Que, a pesar de de la prórroga otorgada a TISUR, en el presente procedimiento está acreditado que la empresa demoró injustificadamente en presentar dicha información a OSITRAN, pues como ya se mencionó, el cumplimiento efectivo se verificó el 23 de octubre;

Que, el Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales del contrato de concesión, cumple la finalidad de establecer: (a) Cuál es el trigger² que determina el nacimiento de la obligación de realizar la Mejora eventual constituida por la implementación del sistema de control de contaminación en la faja de minerales, (b) Cuál es el año que debe iniciarse y entregarse la obra, (c) Cuál es plazo de ejecución de la referida Mejora y (d) Cuál es el monto de la inversión a ser efectuada;

Que, de acuerdo al referido formato, el plazo total de ejecución de la Mejora es de seis meses desde la fecha de presentación de los EIA, de lo que resulta que si los EIA se presentaron ante OSITRAN con fecha 2 de mayo de 2000, la obra debía entregarse el 2 de noviembre de 2000, fecha desde la que dicha obligación es exigible;

Que, sin embargo, de acuerdo al Cronograma de la Obra, presentado por TISUR dentro de la documentación relativa a los Planes de Diseño y de Trabajo, con fecha 23 de octubre, TISUR informa que la entrega de la Obra se producirá el 27 de marzo de 2001, es decir, 4 meses y 25 días después de la fecha en que la obligación era exigible;

Que, en tal virtud, con fecha 13 de diciembre de 2000, este órgano resolutorio solicita a la DTIT que amplíe la investigación efectuada;

Que, en el informe ampliatorio N° 010 - 2000 - DTIT - OSITRAN de fecha 27 de diciembre de 2000, el Jefe de la DTIT se pronuncia identificando que se ha producido el incumplimiento de la entrega de la Mejora Eventual constituida por la cobertura total de la faja transportadora de minerales e instalación de un sistema de colección de contaminantes en el túnel y faja de minerales, informe que fue debidamente notificado a la empresa concesionaria con carta N° 006 - 2001 - GG - OSITRAN con fecha 05 de enero de 2001;

Que, en la comunicación de fecha 19 de enero de 2001 mediante la cual TISUR amplía sus descargos, la empresa sostiene que la entrega tardía de la obra no puede ventilarse en el presente procedimiento, sino que ésta tendría que determinarse una vez que la empresa entregue la Mejora;

Que, del mismo modo, TISUR sostiene que de ninguna manera se configuraría la comisión de la infracción prevista en el artículo 11° del Reglamento³;

² "Criterio trigger: Criterio o mecanismo que define el inicio de la obra" - Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales, del contrato de concesión.

³ ARTICULO 11°: Incumplimiento en obras que afecten el funcionamiento del servicio.

Que, fundamentando sus descargos, TISUR sostiene que la infracción tipificada en la mencionada norma sólo se configura cuando el incumplimiento o la tardanza están referidos a la realización de obras necesarias para el funcionamiento del servicio, es decir, cuando las obras resulten esenciales para que se pueda prestar el servicio público materia de concesión;

Que, en ese sentido, TISUR sostiene que en su caso, los servicios públicos materia de concesión son las operaciones de atraque, desatraque, de estiba y desestiba, uso de amarradero, uso de muelle, transferencia o tracción de carga, manipuleo de carga servicio de almacenamiento, trasbordo y servicios complementarios;

Que, adicionalmente, TISUR sostiene que las mejoras eventuales materia del presente procedimiento, no son obras cuya realización resulte necesaria para que TISUR pueda prestar los servicios portuarios materia del contrato de concesión y que los servicios se vienen prestando de manera normal;

Que, según interpretación de TISUR, la entrega tardía de la mejora eventual no constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 11 del REGLAMENTO;

Que, la infracción descrita en el precitado artículo está contemplada en el Capítulo III del mismo, cuyo título es: "Infracciones a las obligaciones en materia de inversión en infraestructura y equipamiento";

Que, este órgano resolutorio considera que del Artículo 11º del REGLAMENTO, se desprende que dicha infracción se configura cuando se incumple, o se cumple con tardanza significativa, con realizar las expansiones, mejoras y demás obras necesarias para el funcionamiento del servicio de acuerdo a los estándares y condiciones estipuladas en el contrato de concesión;

Que, en ese orden de ideas, y tomando en cuenta la inversión a que se refiere el presente procedimiento administrativo sancionador, la obligación contractual que subyace a la infracción establecida en el artículo 11 del REGLAMENTO, se refiere a la realización de las mejoras *necesarias para el funcionamiento del servicio* - en este caso constituida por cobertura de la faja transportadora de minerales - *de acuerdo a los estándares y condiciones estipuladas en el contrato de concesión*;

Que, desestimando los argumentos expuestos por TISUR, este órgano resolutorio considera que es claro que la conducta sancionable es no cumplir *o hacerlo con tardanza significativa*, en realizar las Mejoras necesarias para que funcione el servicio materia de concesión, pero no de cualquier forma, sino de acuerdo a los estándares y condiciones que establece el contrato, lo que significa que no se trata simplemente de que la Mejora sea necesaria para el funcionamiento del servicio, sino de que lo sea para la prestación del servicio pero de acuerdo a los estándares y condiciones establecidas;

Que, también es importante considerar que para cumplir con el objeto del contrato - lo que constituye obligación principal de los concesionarios de

Las Entidades Prestadoras que **incumplan, o lo hagan con tardanza significativa, con realizar las expansiones, mejoras, y demás obras necesarias para el funcionamiento del servicio de acuerdo a los estándares y condiciones estipulados en el contrato de concesión o dispuestos por la normativa vigente, incurrirán en infracción muy grave.** - Resolución CD N° 006 - 99 - CD/OSITRAN, de fecha 31 de diciembre de 1999 (El resaltado es nuestro).

infraestructura de transporte de uso público - no es suficiente que TISUR preste los servicios materia de concesión, sino que realice las Mejoras, que son inversiones cuya ejecución forma parte del objeto del contrato y que en el presente caso atañe a la prestación del servicio cumpliendo determinados estándares es decir, en condiciones medioambientales que no sean nocivas;

Que, los estándares y condiciones previstos en el contrato de concesión para la prestación de todos los servicios y operaciones dentro del Terminal Portuario de Matarani son los siguientes:

- a. El numeral 1.16 del contrato de concesión: "*Criterios de Calidad*", los mismos que están definidos como aquellos Criterios de Calidad, consistentes con los Estándares Básicos, que el Concesionario debe mantener como los criterios mínimos de calidad para el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del Terminal Portuario, *descritos en el Anexo I.*
- b. El Anexo I del contrato de concesión, que establece que los criterios de calidad serán los establecidos en la Propuesta Técnica - Anexo D.
- c. El numeral 1.17 del contrato de concesión: "*Criterios Mínimos de Operación*", los que están definidos como los Criterios Mínimos de Operación del Terminal Portuario *señalados en el numeral 5.16.*
- d. El numeral 5.16. del contrato de concesión, que establece que el concesionario pondrá en operación y mantendrá un programa certificado de garantía de calidad, ISO 14000, durante la gestión ambiental.
- e. Las normas de calidad ISO, son exigibles a partir de agosto del año 2001, aunque la empresa deberá desde el inicio de la concesión, tomar todas las previsiones necesarias para lograr dicha calificación en la fecha señalada.
- f. *El numeral 5.6.* del contrato de concesión, el mismo que establece que las Mejoras Eventuales se llevarán a cabo de acuerdo con la Propuesta Técnica comprendida en el Anexo D.
- g. *El Anexo D - Propuesta Técnica.*
- h. El Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales, que guarda consistencia con la Propuesta Técnica.
- i. El Anexo 6.1. del contrato de concesión, el mismo que establece que la tarifa de Uso de Muelle incluye una parte del costo de la Tarifa correspondiente al control de contaminación.
- j. El numeral 18.1. del contrato de concesión, el mismo que establece la obligación de TISUR de realizar un Estudio de Medio Ambiente y de Impacto Ambiental, a los seis meses contados a partir de la Fecha de Cierre, esto es al 17 de febrero de 2000;

Que, es fundamental considerar que la cláusula 1º del contrato de concesión establece que todos los Anexos del contrato de concesión forman parte integrante del mismo;

Que, el contenido de la Propuesta Técnica del concesionario - Anexo D establece lo siguiente: (*Se cita textualmente*)

" CAPITULO IV : PLAN DE DESARROLLO:

- *B.1.Escenario Realista:* El Plan de desarrollo realista propuesto para el Terminal Portuario de Matarani contiene dos aspectos principales:

- La optimización de las instalaciones y operaciones actuales; y
- El desarrollo y operación de los nuevos equipos e instalaciones portuarias.

Estos aspectos han sido desarrollados bajo los siguientes criterios principales:

(...)

- No existe una gestión para prevenir el impacto de la contaminación ambiental".

- "C.1.b. Mejoras Eventuales: El Plan de Desarrollo Realista preparado para el Terminal Portuario de Matarani comprende las siguientes obras eventuales las mismas que se estima realizar producto del informe preliminar realizado por nuestros consultores en medio ambiente, el cual concluiremos una vez concesionados.

- Sistema de Control de contaminación, faja de minerales (Figura H):

- ✓ Cobertura total de la faja de transporte de minerales.
- ✓ Instalación de un sistema de colección de contaminantes en el túnel y faja de minerales.
- ✓ Cercado y techado de las áreas de almacenamiento de concentrados; madrigal y Matilde".

- "D.1. La protección ambiental

(...)

Para lograr este desarrollo sostenible en el puerto es indispensable un proceso de cambio en el que, necesariamente, deberá existir una estrecha coordinación entre:

- Los usuarios del recurso
- La dirección de las inversiones y
- La orientación del desarrollo tecnológico

- D.2. Objetivos fundamentales

Los objetivos fundamentales de la prevención de la contaminación ambiental son:

- Preservar, proteger y mejorar la calidad del medioambiente,
- Contribuir a la protección de la salud de las personas, y
- Garantizar el uso prudente y racional de los recursos naturales.

▪ D.3. Evaluación de Impacto Ambiental

La evaluación es un método para juzgar la magnitud, intensidad e importancia de los efectos ambientales de la actividad humana, en este caso de la actividad portuaria.

La evaluación de impacto ambiental es pues un proceso técnico de análisis, útil como instrumento para facilitar la toma de decisiones ante determinadas actuaciones, que permite compatibilizar la ejecución de las mismas con una defensa eficaz del medio ambiente.

En ese sentido, nuestros Asesores Técnicos en la protección de Medio Ambiente Srs. **Dames & Moore**, emitieron un informe preliminar de la Auditoria Ambiental del Terminal Portuario de Matarani: PRIMERA FASE DEL ESTUDIO AMBIENTAL DEL EMPLAZAMIENTO, incluimos copia del mismo en el Anexo 6 y cuyas conclusiones preliminares son las siguientes:

(...)

- Contaminación por polvo de mineral en las zonas aledañas al área de almacenamiento y faja transportadora de minerales".

" **CAPITULO V: PLAN DE OPERACIONES:**

- A. Implementación de las Fases de Desarrollo

A.1. Escenario Realista

Como indicáramos en el capítulo anterior, el Plan de Desarrollo realista propuesto para el Terminal Portuario de Matarani contiene las mejoras a desarrollar **DURANTE EL PRIMER QUINQUENIO DEL PERIODO DE CONCESIÓN**, las mismas que serán desarrolladas de acuerdo al siguiente detalle (El resaltado es nuestro):

A.1.a. **Primer Año**

- Reforzamiento del arranque del rompeolas sur (...)
- Demolición de los almacenes 2 y 3 (...)
- Habilitación de una nueva zona para el almacenamiento de vehículos (...)
- Instalación de una nueva sub-estación eléctrica (...)
- Implementación del suministro de energía eléctrica a los contenedores refrigerados (...)
- **IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONTAMINACIÓN EN LA FAJA DE MINERALES, este consiste en la cobertura total de la faja de embarque de minerales así como la instalación de un sistema de colección de contaminantes en el túnel y faja de minerales"**

(El resaltado es nuestro)

" CAPITULO VIII PLAN DE INVERSIONES:

- A. Escenario Realista

A.2. Mejoras Eventuales

Año a realizar Detalle de Inversiones	1ro	2do	3ro	4to	5to	Total
1. Implementación del sistema de control de contaminación en la faja de minerales	350					350
2. Reforzamiento del sistema de control de contaminación mediante el cercado y techado de las áreas de Madrigal y Matilde		100				100
Total Inversiones Eventuales	350	100	0	0	0	450"

Que, es necesario resaltar, que a diferencia de las Mejoras Eventuales del Escenario realista, sólo las Mejoras Eventuales del Escenario Optimista (B. 1. del Capítulo VIII - Plan de inversiones) se realizarán si es que los niveles de movimientos de carga así lo requieren, tal como se señala en la propuesta Técnica;

Que, las Mejoras Eventuales del Escenario Realista, dentro de las que está contemplada la ejecución de la cobertura total de la faja de transporte de minerales, se realizarán de acuerdo a la Propuesta Técnica, tal como lo establece el numeral 5.6 del contrato de concesión;

Que, con la suscripción del contrato el día 17 de agosto de 1999, TISUR se ha obligado con el Estado Peruano a realizar la cobertura total de la faja de transporte de minerales durante el primer año de la concesión, según se desprende claramente de: el Capítulo IV - C.1-b, Capítulo V - A.1 y Capítulo VIII - A.2. de la Propuesta Técnica;

Que, el Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales, cumple la finalidad de establecer: (a) Cuál es el trigger que determina el nacimiento de la obligación de realizar la Mejora eventual constituida por la implementación del sistema de control de contaminación en la faja de minerales, (b) Cuál es el año que debe iniciarse y entregarse la obra, (c) Cuál es plazo de ejecución de la referida Mejora y (d) Cuál es el monto de la inversión a ser efectuada; *todo lo cual es absolutamente consistente con el cronograma de ejecución incluido en el Capítulo V - Plan de Operaciones de la Propuesta Técnica (Anexo D);*

Que, por otro lado, desestimando los argumentos expuestos por TISUR, es incontrovertible que la mencionada Mejora impacta de manera directa en la prestación del servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga, referida al embarque de concentrado de minerales - granel seco - dentro de Terminal Portuario de Matarani;

Que, en efecto, en directa relación con la calidad y condiciones de la prestación del servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga, referida al embarque de concentrado de minerales - granel seco; la ejecución de la Mejora constituida por la cobertura total de la faja de transporte de minerales reporta, entre otros, los siguientes beneficios al Estado, al ecosistema, a la sociedad en su conjunto y a los usuarios solicitantes del mencionado servicio:

- a. Reduce la existencia de mermas en la carga, lo que implica menos pérdidas para los usuarios del servicio.
- b. Reduce sustancialmente los niveles de contaminación ambiental detectados por Dames & Moore (los Asesores Técnicos en la protección de Medio Ambiente de TISUR), quienes emitieron un informe preliminar de la Auditoría Ambiental del Terminal Portuario de Matarani - Fase I del estudio ambiental del emplazamiento, el mismo que fue ampliado y confirmado por el Informe de Evaluación Ambiental Fase II - Terminal Portuario de Matarani, a que se refiere el numeral 18.1. del contrato de concesión.
- c. La ejecución de la Mejora materia del procedimiento administrativo sancionador, reduce sustancialmente la contaminación ambiental en:
 - c.1. El Terminal Portuario de Matarani.
 - c.2. El suelo de tierra firme y los sedimentos marinos adyacentes al área de las operaciones relativas a la prestación del servicio.
 - c.3. Las naves a en las que se realiza el embarque de concentrado de minerales - granel seco.
 - c.4. La integridad de la salud de los trabajadores marítimos y portuarios vinculados a la prestación del servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga, referida al embarque de concentrado de minerales - granel seco;

Que, naturalmente, esta obra no está asociada al incremento de ingresos para TISUR, sino que constituye una Mejora cuya finalidad es mitigar la contaminación ambiental en las operaciones derivadas de la prestación del servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga, referida al embarque de concentrado de minerales, razón por la que la ejecución de una inversión que mitigue la contaminación ambiental en el Terminal Portuario, constituyó parte importante de la evaluación que realizó el órgano licitante, con relación a las Propuesta Técnicas presentadas en el marco del proceso licitatorio del Terminal Portuario de Matarani;

Que, el servicio de Uso de Muelle, es un servicio público materia de concesión, tal como lo establece el Anexo C del contrato de Concesión - Operaciones Principales del Terminal Portuario, por lo que la ejecución de la Mejora está asociada a los estándares en que se prestará dicho servicio.

Que, desestimando los argumentos expuestos por TISUR, este órgano resolutorio considera que el incumplimiento o cumplimiento significativamente tardío de la Mejora constituida por la implementación del sistema de control de contaminación en la faja de minerales, necesaria para la prestación del servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga, de acuerdo a los estándares y condiciones estipuladas en el contrato de concesión, es una infracción sancionable de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del REGLAMENTO;

Que, presentando un argumento adicional, TISUR sostiene también que la Ejecución de la Mejora Eventual constituida por la cobertura total de la faja transportadora de minerales debe ejecutarse durante el Período Remanente de vigencia de la concesión;

Que, fundamentando sus descargos la empresa concesionaria afirma que de acuerdo al numeral 5.5.2. del contrato de concesión, el período remanente de vigencia

de la concesión comenzará al final del Período Quinquenal hasta el término de la concesión;

Que, en esa línea interpretativa, TISUR sostiene que se debe interpretar que el año en que debe iniciarse la obra, así como el plazo de ejecución respectivo que contiene el Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales - Período Remanente - Terminal Portuario de Matarani, se debe computar en año uno del Período Remanente de vigencia de la concesión;

Que, TISUR afirma que hubo una presentación adelantada del Informe Final de Auditoria Ambiental que no tiene porqué generar a TISUR la obligación de iniciar la obra en un período distinto al pactado en el contrato de concesión, cual es iniciar la obra en el año uno del Período Remanente;

Que, afirma también la referida empresa, que el informe Final de Auditoria Ambiental no sugería la ejecución inmediata de las obras materia del presente procedimiento y que TISUR ha mostrado diligencia y preocupación en la protección del medio ambiente y absurdamente, OSITRAN pretende aplicar al Período Quinquenal los plazos previstos para el Período Remanente de vigencia de la concesión, pretendiendo sancionar a la empresa por un incumplimiento que no existe;

Que, respecto a dichas afirmaciones, este órgano resolutorio considera que la Mejora Eventual constituida por la implementación del sistema de control de contaminación en la faja transportadora de minerales, es una Mejora Eventual cuyo hecho generador o trigger, no es un evento aleatorio referido al incremento de los niveles de incremento de carga, porque como se ha mencionado no se trata de una mejora orientada a incrementar los ingresos de TISUR, sino que se trata de una Mejora destinada a controlar la contaminación ambiental existente en el Terminal Portuario de Matarani;

Que, el hecho generador o trigger de la referida Mejora de naturaleza medioambiental, *es un acto a cargo de la empresa concesionaria, como es la presentación del EIA*, en concordancia con lo que establece el numeral 18.1. del contrato de concesión;

Que, lo que desestima de manera contundente los argumentos expuestos por TISUR con relación a que la Mejora debe realizarse el primer año del Período Remanente de la concesión, es que la empresa concesionaria se compromete en el Capítulo V - Plan de Operaciones de su Propuesta Técnica - Anexo D del contrato de concesión, referido a la implementación de las Fases de Desarrollo del Escenario Realista; a realizar la implementación del sistema de control de contaminación en la faja de minerales, durante el Primer Quinquenio de la concesión, tal como ha quedado fehacientemente demostrado;

Que, por primera vez durante lo que va de la concesión y todo el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionador, TISUR pareciera tener una duda respecto al período dentro del cual debe realizar la Mejora Eventual constituida por la cobertura de la faja de transporte de minerales, pero conforme a lo que establece el artículo 168^{o4} y 169^{o5} del Código Civil, el contrato debe interpretarse conforme a lo que se haya expresado en él, y en el Anexo D del contrato, TISUR se compromete

⁴ Art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe.

⁵ Art. 169.-Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las una por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

expresamente con el Estado Peruano en el Capítulo V y VIII de su Propuesta Técnica, en realizar la cobertura total de la faja de embarque de minerales, durante el primer Quinquenio del período de la concesión, específicamente en el primer año de la concesión;

Que, en concordancia con ello, el Formato 5.5.5., Anexo 5.5. (Bii) Mejoras Eventuales, establece que el trigger que determina el nacimiento de la obligación de realizar la Mejora Eventual, es la presentación del EIA, así como que el año en que debe iniciarse y realizarse la obra, es el primer año de la concesión, contando con un plazo total de ejecución de seis meses desde la ocurrencia del trigger;

Que, es necesario recalcar a TISUR, que como parte contraparte del Estado en el contrato de concesión, está obligada a ejecutar el contrato según las reglas de la buena fe a las que hace referencia el artículo 1362⁶ del Código Procesal Civil, reglas a las que TISUR falta al pretender que no está obligada a ejecutar la Mejora Eventual materia del presente procedimiento sino hasta el primer año del Período Remanente, en abierta oposición con el contenido y obligaciones que asumió por voluntad propia en su Propuesta Técnica;

Que, por otro lado, es importante afirmar que es falsa la afirmación referida a que la presentación del EIA se hizo de manera "adelantada", ya que el numeral 18.1. del contrato de concesión establece con toda claridad que TISUR debe presentar los EIA a los seis meses contados desde la Fecha de Cierre, esto es, el 17 de febrero de 2000;

Que, es también es falsa la afirmación referida a que el Estudio Final de Auditoria no sugiere la ejecución de la obra, lo cual se demuestra *citando textualmente* el EIA presentado por TISUR:

- "8.0. RECOMENDACIONES

- 8.2. ESPECIFICOS (Página 34 del EIA)

- Proporcionar una mejor cobertura de la faja transportadora de minerales para evitar pérdida de material e implementar un sistema de control de contaminación "

Que, tal como se expresa en el punto D.3. de la Propuesta Técnica del concesionario, la Primera Fase del Estudio Ambiental de Emplazamiento concluyó que existía contaminación por polvo de mineral en las zonas aledañas al área de almacenamiento y faja transportadora de minerales, lo cual fue claramente ratificado por el Estudio Ambiental Fase II presentado ante OSITRAN con fecha 2 de mayo de 2000;

Que, TISUR sostiene que en función de las conclusiones contenidas en el Informe Técnico N° 010 - 2000 - DTIT - OSITRAN, de fecha 27 de diciembre de 2000, en el presente procedimiento sólo puede ser materia de evaluación la infracción del artículo 30 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006 - 99 - CD / OSITRAN, y; que la entrega tardía de la obra no puede ventilarse en el presente procedimiento sino que ésta tendría que determinarse una vez que la empresa entregue la mejora;

⁶ Art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

Que, al respecto, es necesario tomar en cuenta que el REGLAMENTO establece, en su artículo 46º, que es la Gerencia General el órgano competente para resolver la imposición de una sanción en primera instancia, en tal sentido, la Gerencia General es el órgano resolutorio y las gerencias funcionales de OSITRAN, dentro de las cuales está la DTIT, constituyen dentro del procedimiento administrativo sancionador, órganos técnicos de apoyo a la labor fiscalizadora a cargo de la Gerencia General, cuya opinión no condiciona el criterio del órgano resolutorio;

Que, en tal sentido, corresponde a la Gerencia General el impulso de oficio del procedimiento, la decisión sobre la acumulación a que hace referencia el artículo 67º⁷ del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en adelante (TUO), la evaluación de las pruebas presentadas y la resolución de la cuestión controvertida con base a la convicción a que arribe el órgano resolutorio finalizado el período de prueba, de conformidad con las disposiciones del TUO;

Que, en tal sentido, la acumulación de oficio a la que hace referencia el artículo 67º del TUO, es una facultad de la Gerencia General, como órgano resolutorio en primera instancia del procedimiento administrativo sancionador;

Que, la presentación ante OSITRAN de los Planes de Diseño y de Trabajo relacionados a la ejecución de la Mejora Eventual materia del presente procedimiento, constituye una obligación contractual que constituye un acto preparatorio para el cumplimiento de la Mejora Eventual de la que trata el presente procedimiento, es una obligación previa al inicio físico de la Obra y su incumplimiento y consecuente sanción es materia de evaluación del presente proceso administrativo;

Que, obligación contractual que también constituye un acto preparatorio para el cumplimiento de la Mejora Eventual, es el inicio físico de la obra en el primer año de la concesión, pero su incumplimiento no es en sí mismo sancionable, sino que el impacto de su incumplimiento se evalúa dentro del proceso administrativo sancionador derivado del incumplimiento de entregar la obra;

Que, el incumplimiento y consecuente sanción de la obligación contractual de entregar la Mejora Eventual constituida por la cobertura total de la faja de transporte de minerales el día 2 de noviembre de 2000, es materia de evaluación del presente procedimiento administrativo sancionador;

Que, en concordancia con o que establece el artículo 67º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, la Gerencia General puede disponer la acumulación de procedimientos que guarden conexión.

Que, la Primera Disposición Complementaria del Código Procesal Civil establece que las disposiciones que dicho código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales;

⁷ ARTICULO 67º.- ACUMULACIÓN DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE INTERESADA:

El Jefe de Sección o dependencia donde se inicie o se tramite cualquier expediente, bien por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde conexión.

Contra la resolución de acumulación no procede recurso alguno. - Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por D.S. Nº 02 - 94 - JUS

Que, el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran;

Que, los incumplimientos contractuales materia de evaluación del presente proceso administrativo sancionador cumplen con la conexidad y la acumulación objetiva a que se refieren los artículos 84^o⁸ y 85^o⁹ del Código Procesal Civil;

Que, en consecuencia, la Gerencia General atendiendo al cumplimiento de las normas mencionadas, debe resolver los incumplimientos materia de evaluación del presente procedimiento administrativo sancionador en un solo procedimiento administrativo;

Que, habiendo evaluado los documentos de VISTOS, en el presente procedimiento administrativo ha quedado fehacientemente demostrado que TISUR S.A. ha incurrido en la comisión de:

- a. La demora injustificada en la Presentación de Planes de Diseño y de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30^o de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN, que aprobó el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.
- b. La tardanza significativa en la realización de la Mejora constituida por la cobertura total de la faja de transporte de minerales, la misma que es necesaria para que se brinde el servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga de concentrado de minerales - granel seco - de acuerdo a los estándares y condiciones que establece el contrato, es decir, en condiciones medioambientales que no sean nocivas;

Que, el incumplimiento contractual, que constituye un acto preparatorio para la ejecución de la Mejora referida a la cobertura total de la faja de transporte de minerales, como es la Presentación de Planes de Diseño y de Trabajo, no se ha producido de manera aislada, pues ya se ha verificado el incumplimiento de la obligación principal, cual es la cobertura total de la faja de transporte de minerales al 2 de noviembre de 2000;

Que, por lo tanto, el incumplimiento del referido acto preparatorio, se funde en un solo hecho sancionable, con el incumplimiento de la obligación principal, el mismo que está constituido por la tardanza significativa en la entrega de la Mejora constituida por la cobertura total de la faja de transporte de minerales, la que era exigible desde el 2 de noviembre de 2000;

Que, cuando las obligaciones contractuales que son actos preparatorios de una obligación principal, se constituyen en incumplimientos parciales, sin acarrear el incumplimiento de la obligación principal, pueden dar lugar a la imposición de sanciones individuales;

⁸ Art. 84^o.- Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines a ellas.

⁹ Art. 85^o.- Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas:

1. Sean de competencia del mismo Juez;
2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Que, en el caso que se produzca el incumplimiento aislado de una obligación contractual que constituye un acto preparatorio de una obligación principal, OSITRAN podrá imponer una sanción individualizada, referida a ese único hecho sancionable, lo cual no ocurre en la actual etapa del presente procedimiento administrativo sancionador;

Que, al momento de emitir la Resolución de Gerencia General, se ha acreditado el incumplimiento del referido acto preparatorio, así como el incumplimiento de la obligación principal;

Que, en virtud a las consideraciones expuestas, este órgano resolutorio considera que corresponde imponer una sola sanción, correspondiente al incumplimiento de la obligación principal, el mismo que abarca los incumplimientos parciales de los actos preparatorios;

Que, TISUR S.A. cumplirá con tardanza significativa con entregar la Mejora referida a cobertura total de la faja de transporte de minerales, por lo que de acuerdo al artículo 11 del REGLAMENTO, se ha producido la comisión de una infracción tipificada como MUY GRAVE;

Que, con relación a la evaluación de lo *significativo* de la tardanza en la entrega de la obra es necesario tomar en cuenta dos criterios de evaluación: (a) Criterio temporal: La obra se entregará el 27 de marzo, es decir, cuatro meses y veinticinco días después desde la fecha en que ésta es exigible, y; (b) Criterio cualitativo - Naturaleza de la Obra: El incumplimiento impacta negativamente en las condiciones en que se presta el servicio;

Que, la escala de Multas a que hace referencia en artículo 6º del REGLAMENTO establece que para las infracciones MUY GRAVES la banda aplicable va de (61) a (200) Unidades Impositivas Tributarias;

Que, para efectos del cálculo del monto de la multa que corresponde y en aplicación del principio de Objetividad y Proporcionalidad a que hacen referencia los artículos 4.1.º y 4.2.º del REGLAMENTO, la Gerencia General ha tomado en cuenta lo siguiente:

- a. Se trata del primer incumplimiento de la ejecución de inversiones por parte de TISUR.
- b. La empresa está en proceso de establecer un procedimiento de ejecución de obras que elimine trabas en el desarrollo de los proyectos, con el fin de evitar retrasos en los cronogramas aprobados.
- c. La Mejora que se ha incumplido tiene una naturaleza protectora del medioambiente.
- d. El cumplimiento de la obra tiene impacto en las condiciones ambientales en que se presta el servicio de Uso de Muelle para la atención de la carga de concentrado de minerales - granel seco dentro del terminal portuario de Matarani
- e. El Anexo 6.1. del contrato de concesión, el mismo que establece que la tarifa de Uso de Muelle incluye una parte del costo de la Tarifa correspondiente al control de contaminación;

Que, por las razones expuestas y en uso de las atribuciones que la Ley le confiere, la Gerencia General ha decidido imponer a Terminal Internacional del Sur S.A. una multa equivalente a 70 UIT.

Por lo expuesto **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. ha incumplido la cláusula 5.9 y el Anexo 5.5. (Bii) - "Mejoras Eventuales" del contrato de concesión del Terminal Portuario de Matarani, el mismo que ha suscrito con el Estado Peruano con fecha 17 de agosto de 1999.

SEGUNDO: Declarar que en el presente caso, el incumplimiento de la obligación contractual de presentar Planes de Diseño y de Trabajo con relación a la Mejora materia del presente procedimiento, lo que constituye un acto preparatorio para la entrega de la mencionada Mejora, constituye un solo hecho sancionable con el incumplimiento de la obligación principal.

TERCERO: Imponer a la empresa Terminal Internacional del Sur S.A., una sanción equivalente al pago de una multa de 70 UIT.

CUARTO: Exigir a la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. que entregue la Mejora materia del presente procedimiento, a más tardar el 27 de marzo de 2001.

CUARTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de órgano Concedente.

QUINTO: Encargar a la División Técnica de Infraestructura de Terminales que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

CECILIA BALCÁZAR SUAREZ
Gerente General