

Resolución de Gerencia General

Nº 071 -2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO SOBRE APLICACIÓN DE PENALIDAD

ENTIDAD PRESTADORA : TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A.

MATERIA : Incumplimiento de lo establecido en la Cláusula 8.20 de Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita

Lima, 21 de diciembre del 2009

VISTOS:

El Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN de la Gerencia General de OSITRAN, el escrito de fecha 26 de noviembre del 2009, precisado como recurso de reconsideración con fecha 3 de diciembre del 2009 de la empresa concesionaria TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A. y el Informe Nº 055 -09-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN;

CONSIDERANDO:

1. Con fecha 9 de setiembre del 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, a través de la Autoridad Portuaria Nacional – APN, en calidad de CONCEDENTE, y la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., en adelante EL CONCESIONARIO, suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita.
2. Mediante Carta s/n, recepcionada por OSITRAN el 6 de octubre del 2009, EL CONCESIONARIO comunicó las Tarifas que cobrará por sus Servicios Estándar y el Precio por sus Servicios Especiales en la Concesión del Terminal Portuario de Paita. Asimismo, informaron que en cumplimiento de las normas aplicables han dispuesto la publicación del Tarifario, a fin de que puedan entrar en vigencia a la brevedad y adjunta el Tarifario.
3. Con fecha 7 de octubre del 2009, EL CONCESIONARIO tomó posesión de los bienes de EL CONCEDENTE, suscribiendo la respectiva Acta de Entrega¹, según lo estipulado en el Contrato de Concesión.
4. Mediante Oficio No. 355-09-GG-OSITRAN, de fecha 20 de octubre del 2009, la Gerencia General de OSITRAN comunicó a EL CONCESIONARIO que se había detectado el incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, en lo referido a la falta de publicación en su página web del Reglamento de Tarifas; solicitándole que cumpla

¹ Mediante Oficio No. 453-2009-APN/PD, de fecha 5 de noviembre del 2009, el Presidente de la Autoridad Portuaria Nacional remite a OSITRAN un ejemplar del Acta de Entrega de Bienes del Concedente del Terminal Portuario de Paita y sus respectivos anexos.

con difundir de inmediato el referido Reglamento, sin perjuicio de las acciones administrativas a que hubiera lugar.

5. Con Carta s/n, recepcionada por OSITRAN el 22 de octubre del 2009, EL CONCESIONARIO hizo de conocimiento que, el día 21 de octubre del 2009, efectuó la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas aplicable al Terminal Portuario de Paita.
6. Mediante Informe No. 945-09-GS-OSITRAN, de fecha 28 de octubre del 2009, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN informó que EL CONCESIONARIO había incumplido con la obligación de publicar el Reglamento de Tarifas en su página web, conforme lo establece la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, y recomendó la aplicación de la penalidad, por el atraso incurrido, establecida en la Tabla No. 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, ascendente al monto total de S/. 46,150.00 (Cuarenta y Seis Mil Ciento Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).
7. Con Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN, recibido por EL CONCESIONARIO el 13 de noviembre del 2009, la Gerencia General de OSITRAN le comunicó a este último sobre la aplicación de la Penalidad, establecida en la Tabla No. 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, por atraso en la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas, conforme lo establece la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, la misma que asciende al monto total de S/. 46,150.00 (Cuarenta y Seis Mil Ciento Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).
8. Mediante documento, recepcionada por OSITRAN el 26 de noviembre del 2009, EL CONCESIONARIO impugnó la aplicación de la penalidad, comunicada con Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la cláusula 19.3 del Contrato de Concesión.
9. Con Oficio No. 405-09-GG-OSITRAN, recibido por EL CONCESIONARIO el 30 de noviembre del 2009, la Gerencia General de OSITRAN le concedió un plazo de tres (3) días para que precise el tipo de recurso contenido en su impugnación, así como para que cumpla con los requisitos señalados en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.
10. Mediante documento, recepcionado por OSITRAN el 3 de diciembre del 2009, EL CONCESIONARIO cumplió con precisar el contenido de su carta s/n de fecha 26 de noviembre del 2009, manifestando que se trata de un Recurso de Reconsideración contra el Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN, fundamentando principalmente lo siguiente:

- *"La aplicación de la penalidad carece de sustento por cuanto, revisado el mencionado Anexo, se observa que el Cuadro No. 5 con el título Penalidades referidas a la Sección VIII: explotación de la Concesión, en el rubro de la descripción de penalidad, cláusula 8.20, esta indica expresamente:*

"No poner en conocimiento de los Usuarios a través de la página web del CONCESIONARIO, el Procedimiento de Aplicación de tarifas y Precios de los servicios a prestarse"

De la lectura de la descripción de la penalidad fluye de manera clara y sin ninguna duda que el incumplimiento objeto de penalidad no lo constituye la publicación del Reglamento de Tarifas

como indica el mencionado informe de la Gerencia de Supervisión, sino la de no poner en conocimiento de los Usuarios de nuestro Procedimiento de Aplicación de Tarifas.

- *Es evidente que el momento en el cual la obligación de publicar el Procedimiento de Aplicación de Tarifas es exigible no ha sido determinado con claridad en el Contrato de Concesión”.*

El Recurso de Reconsideración interpuesto por EL CONCESIONARIO adjunta como Medios Probatorios:

- a) El mérito de los Lineamientos de Interpretación de Contratos de Concesión, aprobados por OSITRAN mediante Acuerdo No. 557-154-04-CD-OSITRAN.
 - b) El mérito de las cláusulas 8.9 y 19.1 del propio Contrato de Concesión.
11. El numeral 207.2 del artículo 207º de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General establece que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios. En el presente caso, el Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN, materia de impugnación, fue notificado a EL CONCESIONARIO el 13 de noviembre del 2009, mientras que la impugnación fue presentada el 26 de noviembre del 2009 y precisada dentro del plazo otorgado en el Oficio No. 405-09-GG-OSITRAN, por tanto, el recurso de reconsideración ha sido interpuesto dentro del plazo legal antes referido.
 12. De la misma manera, el artículo 208º de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General dispone: *“El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba...”*.
 13. El Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN que es objeto de reconsideración fue emitido por el Gerente General de OSITRAN, en tanto, que el recurso de reconsideración ha sido presentado ante el mismo funcionario, cumpliendo así lo establecido en la citada norma.
 14. Respecto a la prueba nueva, a que se refiere el artículo 208º, el profesor Juan Carlos Morón Urbina ² señala lo siguiente:

“... Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.

Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior (...).

En tal sentido, debemos señalar que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia. Justamente lo que la norma pretende es que sobre un punto controvertido ya analizado se

² MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Octava Edición. Lima, 2009, p. 614-615.

presente un nuevo medio probatorio, pues solo así se justifica que la misma autoridad tenga que revisar su propio análisis (...)”.

15. EL CONCESIONARIO en su recurso de reconsideración ha presentado, en calidad de medios probatorios, el mérito de los Lineamientos de Interpretación de Contratos de Concesión, aprobados por OSITRAN mediante Acuerdo No. 557-154-04-CD-OSITRAN, y las cláusulas 8.9 y 19.1 del Contrato de Concesión.
16. De la revisión efectuada a los medios probatorios presentados por EL CONCESIONARIO, se advierte que los mismos no tienen la calidad de prueba nueva, pues al momento que la Gerencia General de OSITRAN emitió el Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN, los Lineamientos de Interpretación de Contratos de Concesión, aprobados por OSITRAN mediante Acuerdo No. 557-154-04-CD-OSITRAN, y las cláusulas 8.9 y 19.1 del Contrato de Concesión se encontraban vigentes, por tanto, dichos medios probatorios no resultan pertinentes para habilitar la posibilidad de cambio de criterio por parte de la Gerencia General de OSITRAN.
17. En base a los argumentos expuestos en la presente resolución, el recurso de reconsideración formulado por EL CONCESIONARIO contra el Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN no cumple con los requisitos señalados en el artículo 208º de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, al no sustentarse en prueba nueva, por lo que corresponde ser declarado IMPROCEDENTE.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de reconsideración interpuesto por TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A. contra el Oficio No. 367-09-GG-OSITRAN de la Gerencia General de OSITRAN, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a la empresa concesionaria TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General