

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 002- 2007-CD-OSITRAN

EMPRESA CONCESIONARIA : **DP WORLD CALLAO S.A.**

MATERIA : Suspensión del plazo de ejecución del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Lima, 10 de enero de 2007

VISTOS:

Las comunicaciones de la empresa DP World Callao S.A. de fechas 25 de octubre y 24 de noviembre de 2006, el Informe Nº 064-06-GAL-OSITRAN emitido por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, el Oficio 464-2006-APN/PD, emitido por la Autoridad Portuaria Nacional, recepcionado el 30 de noviembre de 2006, así como el Informe Nº 003-07-GAL-OSITRAN del 10 de enero de 2007, elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, el cual el Consejo Directivo hace suyo en su integridad; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 24 de julio de 2006 se suscribió el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, entre la empresa Concesionaria DP WORLD CALLAO S.A. (en adelante, DP World) y el Estado Peruano, representado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante, MTC), quien a su vez actuó a través de la AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (en adelante, APN)¹.

¹ Al respecto, debemos precisar que conforme a lo establecido por el numeral 1.20.24 de la cláusula 1.20 del contrato de concesión, el Concedente es el Estado Peruano representado por el MTC.

“DEFINICIONES

(...)

1.20. En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

1.20.24 **CONCEDENTE**

Es el Estado de la República del Perú, representado pro el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

(...)”

2. El 25 de octubre de 2006, la empresa concesionaria DP World, presenta ante OSITRAN una solicitud para que OSITRAN emita su opinión con relación a la suspensión de la ejecución del contrato de concesión del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur.
3. La empresa concesionaria ampara la precitada solicitud de suspensión en lo previsto en el Numeral 1.20.90 de la cláusula 1.20, relativo a las definiciones aplicables al contrato de concesión; así como lo establecido en las cláusulas 4.2 y 6.1 del contrato de concesión.
4. Con fecha 31 de octubre se remitió el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN a la Gerencia General de OSITRAN.
5. Con fecha 02 de noviembre de 2006, se adoptó por unanimidad el Acuerdo N° 858-222-06-CD-OSITRAN, que aprobó el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN, el mismo que concluyó que se había configurado un supuesto de suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión del Muelle Sur.
6. Mediante Oficio Circular N° 099-06-SCD-OSITRAN, se notificó a DP World y a la APN, el Acuerdo N° 858-222-06-CD-OSITRAN, así como el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN.
7. Con fecha 24 de noviembre de 2006, DP World presentó ante OSITRAN una solicitud para que, al amparo de lo establecido en el Artículo 208^{o2} de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), se aclare el sentido de los Numerales 19 y 20 del Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN y el contenido del Acuerdo N° 858-222-06-CD-OSITRAN.

Al respecto, DP World solicita que se le precise los alcances del precitado informe, en el sentido de que la causal de suspensión del plazo de ejecución del

² El artículo 208 de la LPAG señala lo siguiente:

“Artículo 208.- Recurso de reconsideración

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. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”

Al respecto, en aplicación de los principios de impulso de oficio e informalismo, contemplados en los numerales 1.3 y 1.6, respectivamente, del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, consideramos que el escrito presentado por DP World se deberá entender como la facultad de formular consultas por parte de los administrados, la cual se encuentra prescrita por el artículo 111 de la LPAG:

“Artículo 111.- Facultad de formular consultas

111.1 El derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella emitida por la propia entidad.

(...)”

contrato de concesión se produjo y surtió efectos jurídicos inmediatos; no siendo necesario un pronunciamiento adicional del Concedente, para que las obligaciones de DP World queden suspendidas; y que, así mismo, la ampliación del plazo de vigencia del contrato correspondiente no requiere de la suscripción de una adenda.

8. DP World sustenta su solicitud anterior en los siguientes argumentos:
- El contrato de concesión ha otorgado a OSITRAN la competencia exclusiva para declarar la suspensión del plazo de vigencia del contrato de concesión, por la ocurrencia de alguna de las causales previstas en él.
 - No se requiere que ni el Concedente, representado por el MTC ni la APN, emitan algún pronunciamiento adicional, para que opere la suspensión.
 - La declaración de OSITRAN surte efectos inmediatos y no tiene el carácter de opinión.
 - La ampliación del plazo de vigencia del contrato de concesión, por un período equivalente al de la suspensión declarada, es consecuencia inmediata de la declaración a cargo de OSITRAN, no siendo necesaria la suscripción de una adenda, dado que se trata de un supuesto expresamente contemplado en el contrato de concesión.
9. Con fecha 30 de noviembre último, la APN remitió a OSITRAN el Oficio N° 464-2006-APN/PD, mediante el cual se comunicó a OSITRAN que mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 016-2006-APN/DIR (de fecha 27 de noviembre), el Directorio de la APN resolvió implementar una supervisión temporal de diseño del nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en tanto se concrete la contratación del supervisor definitivo.

De acuerdo a lo anterior, se comunicó la designación del Ingeniero Roy Legoas Montejo, Director de la Dirección Técnica de la APN, como Jefe de la Supervisión Temporal de Diseño del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao.

II. ANÁLISIS

A.- RESPECTO DEL PRONUNCIAMIENTO A CARGO DE OSITRAN

10. El fundamento del escrito presentado por DP World se centra en el carácter constitutivo de derechos que ostenta el pronunciamiento a cargo de OSITRAN, con relación a la causal de suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión; asimismo, si es innecesario celebrar una adenda para que se prorrogue el plazo de vigencia de dicho contrato.
11. Al respecto, se debe señalar que el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN consideró que el pronunciamiento de OSITRAN debía ser remitido al MTC para que éste, en su calidad de parte en el contrato de concesión, declarara la suspensión del plazo de ejecución de la relación concesional, que es la que lo vincula jurídicamente a la empresa concesionaria.

12. Sin embargo, aún cuando OSITRAN no es “Parte” en el contrato de concesión, y en tal virtud, en determinados casos solamente “opina” ante el Concedente para que éste “resuelva” (como es el caso de los procedimientos de modificación contractual), también es cierto que las partes, en virtud al contrato de concesión, pueden válidamente otorgar a OSITRAN funciones específicas, con el fin de viabilizar y facilitar la adecuada ejecución del contrato de concesión.
13. En ese sentido, si bien el contrato de concesión no establece específicamente qué carácter tiene el pronunciamiento de OSITRAN; del sentido del último y penúltimo párrafo de la cláusula 4.2 del contrato de concesión, así como lo establecido en el segundo párrafo de la cláusula 6.1; se debe señalar que la interpretación que realiza la empresa concesionaria en su escrito de fecha 24 de noviembre, con relación a que el pronunciamiento a cargo de OSITRAN surte por sí mismo efectos jurídicos, es sustentable y se encuentra concordada con el marco normativo de OSITRAN.
14. En efecto, el último párrafo de la cláusula 4.2 del contrato de concesión establece que “En tanto el REGULADOR no se pronuncie sobre dicha solicitud, el CONCESIONARIO deberá cumplir con sus obligaciones derivadas del presente Contrato (...)”.
15. De lo anterior se deriva a contrario sensu, que una vez que OSITRAN se pronuncie, el Concesionario ya no se encontrará obligado a cumplir sus obligaciones. Es decir, una vez que el pronunciamiento de OSITRAN surta efectos jurídicos, recién operará la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión.
16. Del mismo modo, con relación a la obligación contractual de la APN de designar a un Supervisor de Diseño (para supervisar la elaboración del Expediente Técnico de diseño por parte del Concesionario), el segundo párrafo de la cláusula 6.1 del contrato de concesión establece que “(...) Cualquier retraso respecto de dicha designación, dará lugar a la Suspensión del plazo de conformidad con lo establecido en la Cláusula 4.2 inciso c), a solicitud del CONCESIONARIO, por un período igual al que dure dicho retraso (...)”.

De acuerdo a lo anterior, se reafirma la interpretación relativa a que la suspensión del plazo de ejecución surtirá efectos jurídicos con el pronunciamiento de OSITRAN (regulado en la cláusula 4.2).

17. Asimismo, el penúltimo párrafo de la cláusula 4.2 del contrato establece que “La suspensión del plazo del Contrato, conforme a las causales antes señaladas, dará derecho al CONCESIONARIO a la ampliación de dicho plazo, por un período equivalente a la suspensión”.
18. Al respecto, somos de la opinión que de dicha estipulación contractual se deriva que la suspensión del plazo del contrato, otorga al Concesionario el derecho inmediato a la ampliación del plazo de vigencia de éste, lo que además es concordante con lo establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, norma aprobada por

Decreto Supremo N° 059-96-PCM (en adelante, TUO de Concesiones); tal como se señaló en el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN.

Es decir, efectuado el pronunciamiento de OSITRAN correspondiente, no se requiere de una manifestación de voluntad adicional por parte del MTC, como representante del ente Concedente³.

19. En virtud de lo expuesto, consideramos que existe sustento en el contrato de concesión para determinar que el carácter del pronunciamiento de suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión a cargo de OSITRAN; es propiamente el de una *declaración* constitutiva de derechos y no una opinión técnica.
20. Ello es así porque el pronunciamiento de OSITRAN constituye un acto administrativo, conforme a la definición establecida por el artículo 1 de la LPAG:

*“1.1 Son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta
(...).”*

En efecto, en el presente caso, el pronunciamiento de OSITRAN tiene por objeto determinar si se ha constituido una causal de suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión y de ser así declararla. Dicho pronunciamiento, conforme a lo establecido en las cláusulas ya citadas del contrato de concesión, así como en literal c) y último párrafo del artículo 38 del TUO de Concesiones, tiene por objeto producir efectos jurídicos respecto de las obligaciones del Concesionario.

Teniendo en consideración que nos encontramos frente a un acto administrativo, queda por analizar lo relativo a la eficacia de dicho acto.

B.- RESPECTO DE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO A SER EMITIDO POR OSITRAN

³ Por otra parte, se debe tener en cuenta que el Literal g) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917, establece es función de OSITRAN:

“Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia”.

(El subrayado es nuestro)

En el caso bajo análisis, si bien es cierto no nos encontramos ante una causal de suspensión iniciada por la concesionaria, podemos observar que en la norma precedentemente citada se reconoce la facultad de OSITRAN de declarar la suspensión del plazo de ejecución del contrato, y no simplemente *opinar* para que el ente Concedente realice la declaración con posterioridad.

21. De acuerdo al análisis efectuado anteriormente y conforme a las comunicaciones que obran en el expediente, se debe señalar la siguiente secuencia de fechas relevantes:

- (i) La fecha de suscripción del contrato de concesión fue el 24 de julio de 2006.
- (ii) La fecha en que venció el plazo para que la APN designe al supervisor de la elaboración del Expediente de Diseño fue el 24 de octubre de 2006 (cláusula 6.1 del contrato de concesión).
- (iii) El 02 de noviembre de 2006, el Consejo Directivo adoptó el Acuerdo N° 858-222-06-CD-OSITRAN, a través del cual se aprueba el Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN del 31 de octubre de 2006, informe que concluyó que:
 - *“... se ha configurado la causal que habilita a la empresa DP World Callao S.A. a solicitar la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión.”*
 - *Recomienda al Consejo Directivo “... opine favorablemente, ante el Concedente, para que declare la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión...”.*
 - *Recomienda que OSITRAN se pronuncie favorablemente ante el Concedente “... con el fin que se amplíe el plazo de vigencia del contrato de concesión, por el mismo periodo que dicha concesión haya estado suspendida,... cumpliendo con los requisitos de forma establecido (sic) en el numeral 17.1”*

Adicionalmente, en el mencionado Acuerdo, el Consejo Directivo acordó:

- “b) (Que) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica, en el marco de lo establecido en el Contrato de Concesión ...*
- c) Comunicar el Informe ... y el presente Acuerdo a la empresa concesionaria DP World Callao S.A. y a la Autoridad Portuaria Nacional, en su calidad de ente concedente (sic).”*

- (iv) La fecha en que se notificó a DP World y a la APN la declaración de OSITRAN, respecto a la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión, fue el 06 de noviembre de 2006.

22. En el presente caso, consideramos que el pronunciamiento efectuado por el Consejo Directivo, mediante Acuerdo N° 858-222-06-CD-OSITRAN, siguiendo la recomendación formulada mediante Informe N° 064-06-GAL-OSITRAN, tenía por objeto generar efectos jurídicos de manera indirecta pues al considerar que es aplicable la cláusula 17.1 del contrato de concesión, dichos efectos jurídicos se hubieran producido recién a partir de la modificación (llevada a cabo entre concedente y concesionario) del mencionado contrato de concesión.

En ese sentido, consideramos que el acto administrativo, a ser emitido por el Consejo Directivo, deberá contemplar que la fecha en que surtirá efectos

jurídicos la declaración de OSITRAN es el 25 de octubre de 2006, que el es día natural siguiente al vencimiento del plazo para la designación del supervisor de diseño.

23. De esta manera, en vista del tiempo transcurrido, el Consejo Directivo debe proceder a emitir un acto administrativo, el cual debe contemplar una eficacia anticipada a su emisión, conforme a lo prescrito por el artículo 17 de la LPAG.

Al respecto, el inciso 17.1 del artículo 17 de la LPAG, señala que:

“17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.”

(El subrayado es nuestro)

Como puede observarse, en el presente caso, se cumplen con los requisitos contemplados por el inciso 17.1 del artículo 17 de la LPAG, dado que:

- (i) Al otorgarse eficacia anticipada a la declaración de suspensión, OSITRAN actúa de manera favorable al administrado (en este caso, DP World).
 - (ii) No se lesiona derechos fundamentales.
 - (iii) No se lesiona intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros.
 - (iv) Existe a la fecha que pretende retrotraerse la eficacia del acto (es decir, el 25 de octubre de 2006), el supuesto de hecho justificativo para su adopción (en vista que a dicha fecha la APN ya había incumplido su obligación de designar a la empresa supervisora del diseño, conforme a lo establecido por la cláusula 6.1 del contrato de concesión).
24. Por otra parte, debe tenerse en consideración que, mediante Oficio N° 464-2006-APN/PD de fecha 30 de noviembre último, la APN comunicó a OSITRAN la designación del supervisor temporal de la elaboración del Expediente de Diseño.

Al respecto, es necesario considerar que la titularidad de la función de supervisar la elaboración del Expediente Técnico de Diseño corresponde exclusivamente a la APN, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión y de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional.

En ese sentido, la APN asumió la obligación contractual de designar un supervisor de la etapa de diseño, no obstante que el contrato de concesión no especificó la forma de designación del supervisor, la cual es de responsabilidad exclusiva de la APN.

Asimismo, la designación del supervisor puede tener carácter temporal o permanente, y ser efectuada de acuerdo al mecanismo que a la APN le parezca conveniente.

En tal virtud, de conformidad con lo establecido en la cláusula 6.1 del contrato de concesión, una vez que la APN designa al Supervisor de la elaboración del Expediente de Diseño, se produce automáticamente la terminación de la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión.

Como consecuencia de lo anterior, y atendiendo a que es OSITRAN quien declara la suspensión del plazo de ejecución del contrato, es también OSITRAN quien declara la terminación del período de suspensión, al producirse la designación del supervisor de diseño de la APN.

25. Por tanto, es necesario que OSITRAN determine la fecha a partir de la cual operó la suspensión del plazo de ejecución del contrato y así mismo, la fecha en que dicha suspensión terminó.

En vista de ello, deberá tenerse en consideración las siguientes fechas, con relación a la eficacia del acto administrativo:

- (i) La fecha en que **se inicia la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión es el 25 de octubre de 2006.**
- (ii) La fecha en que la APN designó al supervisor de la elaboración del Expediente de Diseño es el 29 de noviembre. La cual se notificó a OSITRAN y a DP World el 30 de noviembre de 2006.

De acuerdo con ello, la fecha en la que **se produce la terminación de la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión es el 30 de noviembre último⁴, siendo el 1º de diciembre, nuevamente exigible las obligaciones establecidas en el contrato de concesión.**

26. Habiendo quedado establecido el periodo de eficacia del acto administrativo, resulta insubsistente emitir opinión respecto de la necesidad de celebrar una adenda con el fin de que se amplíe el plazo de vigencia del contrato de concesión por un período similar al de la suspensión de la ejecución declarada, dado que en virtud de lo prescrito por la cláusula 6.1 del contrato de concesión y el artículo 38 del TUO de Concesiones, el plazo de vigencia del contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, celebrado entre el Concedente y DP World, ha quedado ampliado en treinta y siete (37) días calendario.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar la suspensión del plazo de ejecución del contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur , la cual surtió efectos jurídicos desde el día 25 de octubre de 2006.

⁴ En aplicación analógica de lo establecido por el artículo 25 de la LPAG, que señala que las notificaciones personales surtirán efectos desde el día que hubiesen sido realizadas.

SEGUNDO: Declarar la fecha de terminación del período de suspensión de la ejecución del contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, la cual se produjo el día en que se notificó a DP World la designación del supervisor de diseño por parte de la APN, es decir, el 30 de noviembre de 2006, siendo nuevamente exigible las obligaciones contractuales desde el 1º de diciembre de 2006.

TERCERO: Declarar que el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur ha quedado ampliado en treinta y siete (37) días calendario.

CUARTO: Notificar el Informe N° 003–07-GAL-OSITRAN del 10 de enero de 2007 a DP World Callao S.A., la Autoridad Portuaria Nacional y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.

Regístrese, Comuníquese y Archívese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

Reg. Sal N° PD-410-07