



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 10 de diciembre de 2018

N° 040-2018-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 1 de octubre de 2018, el Estado de la República del Perú (en adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), y Salaverry Terminal Internacional (en adelante, STI o Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, con fecha 22 de noviembre de 2018, el Concesionario presentó la Carta de la referencia (a), , con el propósito de iniciar la Obra de Dragado Inicial, a la cual adjuntó documentación referida a las condiciones establecidas en la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión;

Que, con Oficio N° 10418-2018-GG-OSITRAN de 23 de noviembre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización solicitó a PROINVERSIÓN su pronunciamiento sobre el cierre financiero de las Obras de Dragado Inicial;

Que, con Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE, recibido el 28 de noviembre de 2018, PROINVERSIÓN señaló, entre otros aspectos, que para el Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión;

Que, el Informe de Visto se han advertido tres posibles lecturas respecto al cumplimiento de la condición de cierre financiero en atención a las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión;

- **Posición 1:** Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas las Obras de Dragado Inicial;
- **Posición 2:** Se requiere un cierre financiero específico para las Obras de Dragado Inicial;
- **Posición 3:** No se requiere un cierre financiero para las Obras de Dragado Inicial.

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, 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 del 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,



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Adicionalmente, dicha norma reglamentaria precisa que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, en ese orden normativo, 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). El numeral 6.1 de los Lineamientos prevé expresamente 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 (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)";

Que, se advierte que las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión tienen al menos tres lecturas distintas, por lo que ésta resulta ambigua, impidiendo con ello su correcta aplicación, lo cual justifica iniciar un procedimiento de interpretación de oficio;

Que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9.6 del artículo 9 del REGO, uno de los principios que rigen la actuación de OSITRAN, es el principio de transparencia, según el cual el Regulador debe 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, siendo que toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles;

Que, en cumplimiento del principio de transparencia se considera que para el presente caso, además de notificar el inicio del procedimiento de interpretación contractual a las Partes del Contrato de Concesión, así como a la Autoridad Portuaria Nacional y a PROINVERSIÓN, corresponde también disponer la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano, para que los terceros interesados tomen conocimiento del mismo;

Que, luego de revisar y discutir el Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo 006-2017-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N°656-2018-CD-OSITRAN.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN, a Salaverry Terminal Internacional S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Informe N° 00091-2018 GSF-OSITRAN

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Autoridad Portuaria Nacional, así como a PROINVERSIÓN para que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, remitan su posición a OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Artículo 3º.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 00091-2018-GSF-OSITRAN en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), conforme a lo dispuesto en la normatividad vigente.

Artículo 4º.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano", a fin de que los terceros interesados tomen conocimiento del procedimiento iniciado conforme al Artículo 1 de la presente Resolución.



Regístrese, comuníquese y publíquese.


VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. CD N°46379-18



INFORME N° 00091-2018 GSF-OSITRAN

Para : JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General

Asunto : Inicio del procedimiento de interpretación de oficio respecto a las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry

Referencia : (a) Carta N° 069-2018-STI/GG (HT N° 28456 de 22.Nov.2018)
(b) Oficio N° 10418-GSF-OSITRAN de 23.Nov.2018
(c) Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE de 27.Nov.2018
Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao

Fecha : 07 de diciembre de 2018



I. OBJETIVO

1. Sustentar la solicitud de inicio del procedimiento de interpretación de oficio respecto a las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

II. ANTECEDENTES

a. Contrato de Concesión

2. Con fecha 1 de octubre de 2018, el Estado de la República del Perú (en adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), y Salaverry Terminal Internacional (en adelante, STI o Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, Contrato de Concesión).

b. Condiciones para el inicio de la Obra de Dragado Inicial

3. Con fecha 22 de noviembre de 2018, el Concesionario presentó la Carta de la referencia (a), con el propósito de iniciar la Obra de Dragado Inicial, a la cual adjuntó documentación referida a las condiciones establecidas en la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión.
4. Con Oficio N° 10418-2018-GSF-OSITRAN de 23 de noviembre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización solicitó a PROINVERSIÓN su pronunciamiento sobre el cierre financiero de las Obras de Dragado Inicial.
5. Con Oficio N° 284-2018/PROINVERSIÓN/DE, recibido el 28 de noviembre de 2018, PROINVERSIÓN señaló, entre otros aspectos, que para el Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31 del Contrato de Concesión



III. ANÁLISIS

a. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

6. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, 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.
7. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (en adelante REGO), 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 Infraestructura². 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.
8. Por su parte, 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 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.
9. De esta forma, 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.
10. 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

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 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.



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. Distintas lecturas respecto de los alcances de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión

Lectura 1: Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas las Obras de Dragado Inicial

11. Esta lectura se basa en lo siguiente:

- La Etapa 1 comprende el Dragado Inicial, de conformidad con el Apéndice 1 del Anexo 9 que señala lo siguiente:

"(...)

- La Etapa 1 contempla la siguiente fase preliminar:

- **Dragado Inicial:**

(...)"

- Las Inversiones Obligatorias que comprenden las Etapas 1 y 2 deberán ser ejecutadas en un plazo no mayor a 60 Meses contados desde la Fecha de Cierre, de conformidad con la cláusula 1.19.70 del Contrato de Concesión:

"Inversiones Obligatorias

Son aquellas inversiones portuarias (infraestructura y equipamiento) correspondientes a las Etapas 1 y 2 que el CONCESIONARIO deberá haber ejecutado a satisfacción del CONCEDENTE en un plazo no mayor a sesenta (60) Meses contados desde la Fecha de Cierre, que servirán para modernizar el TPMS y mejorar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales a favor de los Usuarios.

(...)" (Negrillas añadidas)

- La Cláusula 6.9 del Contrato establece para el inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias, que incluye la Obra de Dragado Inicial, el requerimiento de acreditar en un solo momento un cierre financiero por ambas etapas. Al respecto, señala lo indicado a continuación:

Cláusula 6.9, primer párrafo

"El inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o el adelanto de estas, o de las Inversiones Complementarias o de las Inversiones Discrecionales, en lo que corresponda, se realizará siempre que el CONCESIONARIO acredite haber cumplido con las siguientes condiciones:

(...)

- g) Haber acreditado el cierre financiero según lo dispuesto en la Cláusula 6.31 del presente Contrato.

(...)"

Cláusula 6.9, tercer párrafo

Para efectos del inicio de la ejecución de las Inversiones Obligatorias (Etapa 1 y 2), el CONCESIONARIO deberá acreditar en un solo momento, el cumplimiento de las condiciones señaladas anteriormente, lo cual incluye la acreditación de un cierre financiero por ambas etapas.

(...)"

Lectura 2: Se requiere un cierre financiero específico para las Obras de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo el Dragado Inicial

12. Esta lectura se basa en el hecho de que la Cláusula 6.31 señala la obligación de que en un plazo máximo de 6 meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, el Concesionario deberá haber acreditado ante el Concedente que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo. Al respecto, dicha cláusula señala lo siguiente:



"El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.
(...)"

Lectura 3: No se requiere un cierre financiero para las Obras de Dragado Inicial

13. PROINVERSIÓN, por su parte, ha señalado que para el Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 6.31. Al respecto, en las Conclusiones 1 y 2 del documento de la referencia (c) indica lo siguiente:

1. (...) la acreditación del cierre financiero por las Etapas 1 y 2 a la que se refiere el penúltimo párrafo de la Cláusula 6.9 del Contrato de Concesión resulta únicamente aplicable a la acreditación del financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN de las Inversiones Obligatorias (Etapas 1 y 2), con excepción del dragado inicial que cuenta con el documento denominado Expediente de Dragado Inicial.
2. Para el Dragado Inicial no resulta exigible la acreditación de un cierre financiero conforme al procedimiento establecido en la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión y, por lo tanto, el Concesionario no está obligado a seguir dicho procedimiento."

c. Otros aspectos relevantes

14. Cabe señalar que el Consejo Directivo de OSITRAN es el órgano con facultades para disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio, de conformidad con el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM³, norma que le otorga a dicho Colegiado la facultad de pronunciarse sobre aspectos relacionados con la interpretación de Contratos de Concesión.
15. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio a dicho procedimiento de interpretación contractual, deberá informar su decisión a Salaverry Terminal Internacional S.A., al Concedente, de acuerdo con el Principio de Transparencia establecido en el numeral 5.4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.
16. Adicionalmente, cabe indicar que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9.6 del artículo 9 del REGO, uno de los principios que rigen la actuación de OSITRAN, es el principio de transparencia, según el cual el Regulador debe 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, siendo que toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles.
17. En tal sentido, en cumplimiento del principio de transparencia se considera que, para el presente caso, además de notificar el inicio del procedimiento de interpretación

³ **Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo**

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:
(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao;



contractual a las Partes del Contrato de Concesión, se debe notificar a la Autoridad Portuaria Nacional y a PROINVERSIÓN. asimismo, corresponde también disponer la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano, para que los terceros interesados tomen conocimiento de ello.

IV. CONCLUSIONES

18. Del análisis realizado, se identifican tres posibles lecturas respecto al cumplimiento de la condición de cierre financiero en atención a lo señalado en las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión:
- **Posición 1:** Se requiere un único cierre financiero para el inicio de las Inversiones Obligatorias incluidas las Obras de Dragado Inicial
 - **Posición 2:** Se requiere un cierre financiero específico para las Obras de Dragado Inicial y otro para las Etapas 1 y 2 excluyendo Dragado Inicial.
 - **Posición 3:** No se requiere un cierre financiero para las Obras de Dragado Inicial
19. Lo anterior permite establecer la existencia de una posible ambigüedad u oscuridad respecto a los alcances de la cláusula 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión, relacionada con el cumplimiento de la condición de cierre financiero.

V. RECOMENDACIONES

20. Se recomienda poner en consideración del Consejo Directivo el presente informe a fin de que dicho órgano colegiado, de estimarlo pertinente, disponga el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de las cláusulas 6.9 y 6.31 del Contrato de Concesión

Atentamente,



Luis Alvarez Estrada
Supervisor de Inversiones



Carlos Aliaga Calderón
Jefe de Contratos Portuarios



Fredy San Román Luna
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

Reg. Sal. 46080-2018-GSF

Adj. Resumen Ejecutivo
Proyecto de Resolución de Consejo Directivo
Proyecto de Acta de Acuerdo de Consejo Directivo

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : **898-2018-GG.**
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : **04/12/18**