



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 054-2014-CD-OSITRAN

Lima, 04 de diciembre de 2014

VISTOS:

El Oficio N° 954-2014 APN/GG mediante el cual la Autoridad Portuaria Nacional solicitó la interpretación de la cláusula 1.15.102 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao; la Carta N° ADM-710-14, mediante la cual Transportadora Callao S.A formula opinión, el Oficio N° 2441-2014-MTC/15 mediante el cual el MTC formula opinión; y, el Informe N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN elaborado conjuntamente por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

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

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

Que, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN en única instancia administrativa. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, el 28 de enero del 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribió con Transportadora Callao S.A. el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión);

Que, mediante Oficio N° 954-2014 APN/GG, notificado el 26 de setiembre de 2014, la Autoridad Portuaria Nacional (APN) solicitó la interpretación de la cláusula 1.15.102 "Usuario" del Contrato de Concesión, a efectos de que se precise el alcance de dicha cláusula en el contexto de las reducciones del ritmo de embarque contenidas en el Anexo 03 del Contrato de Concesión;

Que, mediante los Oficios N° 5378-2014 GSF-OSITRAN y N° 5380-2014 GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización notificó la solicitud de interpretación efectuada por la APN a Transportadora Callao S.A. y al MTC en sus calidades de Concesionario y Concedente, respectivamente, para que emitan su opinión;

Que, mediante Carta N° ADM-710-14, notificado el 15 de octubre de 2014, Transportadora Callao S.A. emite opinión, dentro del plazo otorgado, señalando que OSITRAN no puede interpretar el alcance del término "Usuario", debido a que el propio Contrato de Concesión define dicho término;

Que, Oficio N° 5799-2014 GSF-OSITRAN, se reiteró opinión al MTC respecto la solicitud de interpretación formulado por la APN;

Que, mediante Oficio N° 5857-2014 GSF/OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó opinión al Consejo de Usuarios de Puertos respecto el pedido de interpretación formulado por la APN, otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles. Sin embargo, el Consejo de Usuario no cumplió con remitir su opinión;



Que, mediante Oficio N° 2441-2014-MTC/25, notificado el 18 de noviembre de 2014, el MTC emite opinión sobre la interpretación solicitada por la APN, adjuntando para dichos efectos el Informe N° 1191-2014-MTC/25 de fecha 12 de noviembre de 2014;

Que, mediante Informe N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN de fecha 26 de noviembre de 2014, elaborado conjuntamente por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se concluyó lo siguiente:



- (i) El término "Usuario" establecido en el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales no contiene algún concepto oscuro u ambiguo que amerite el inicio de un procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión, por lo que la solicitud presentada por APN resulta improcedente.
- (ii) Desde la medición de indicadores de servicio y productividad establecidos en el Anexo 3 del Contrato de Concesión, así como la aplicación de la metodología, debe ceñirse a los términos y definiciones establecidas en el referido Contrato; y



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Pág. 2 de 3





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- (iii) Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo establecido en el Anexo 3 el Contrato de Concesión, corresponde a la APN establecer la metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad, por lo que el detalle de los casos en que puede solicitarse la reducción del ritmo de embarque debe ser precisado por la APN en su metodología. Así, se estima pertinente: (i) que la metodología incluya la definición de solicitud debidamente documentada; y (ii) que como uno de los requisitos para considerar que una solicitud esté debidamente documentado, sea que el usuario sustente y acredite de manera objetiva las razones técnicas que justifican la reducción del ritmo de descarga a un nivel inferior a 1600 ton/hora, en el marco de protocolos, normas y convenios internacionales vinculadas a transporte marítimo.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Que, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y a lo dispuesto por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1764-530-14-CD-OSITRAN, adoptado en su sesión de fecha 04 de diciembre de 2014;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar improcedente la solicitud de interpretación de la cláusula 1.15.102 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, presentada por la Autoridad Portuaria Nacional.



Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN a la Autoridad Portuaria Nacional, a la empresa concesionaria Transportadora Callao S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, y al Consejo de Usuario de Puertos.

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente Resolución y el Informe N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 43393

Pág. 3 de 3



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



INFORME N° 098-2014-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : JUAN RAFAEL PEÑA VERA
Gerente General

De : FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Solicitud de Interpretación, presentada por la Autoridad Portuaria Nacional, respecto de la cláusula 1.15.102 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao

Referencia : a) Oficio N° 954-2014 APN/GG del 26.09.14
b) Oficio N° 5378-2014 GSF-OSITRAN del 03.10.14
c) Oficio N° 5380-2014 GSF-OSITRAN del 03.10.14
d) ADM-710-14 del 15.10.14
e) Oficio N° 5799-2014 GSF-OSITRAN del 22.10.14
f) Oficio N° 5857-2014 GSF/OSITRAN del 24.10.14
g) Oficio N° 2441-2014-MTC/25 del 18.11.14

Fecha : 28 de noviembre de 2014



I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto a la solicitud de interpretación, presentada por la Autoridad Portuaria Nacional, con relación a la definición de "Usuario" prevista en la cláusula 1.15.102 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao.

II. ANTECEDENTES

2. El 28 de enero del 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o el Concedente), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en lo sucesivo, APN), suscribió con Transportadora Callao S.A. (en adelante, el Concesionario) el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión).



3. Mediante el oficio de la referencia a), la APN solicitó la interpretación de la cláusula 1.15.102 "Usuario" del Contrato de Concesión, adjuntando el Informe N° 354-2014 APN/DOMA del 16 de setiembre de 2014, mediante el cual formuló una propuesta de interpretación de dicha cláusula.
4. Mediante los Oficios de la referencia b) y c), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN notificó a Transportadora Callao S.A. y al MTC en sus calidades de Concesionario y Concedente, respectivamente, la solicitud de interpretación formulada por la APN para que emitan su opinión.
5. Mediante el documento de la referencia d), notificado el 15 de octubre de 2014, Transportadora Callao S.A. emitió opinión, dentro del plazo otorgado, señalando que este Regulador no puede interpretar el alcance del término "Usuario", debido a que el propio Contrato de Concesión define dicho término¹.
6. Mediante Oficio de la referencia e), notificado el 22 de octubre de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN reiteró la solicitud de opinión al MTC respecto a la solicitud de interpretación formulada por la APN.
7. Mediante Oficio de la referencia f), notificado el 24 de octubre de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó opinión al Consejo de Usuarios de Puertos respecto a la solicitud de interpretación formulada por la APN, otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles. Sin embargo, el Consejo de Usuario no ha emitido alguna opinión hasta la fecha.
8. Mediante Oficio de la referencia g), notificado el 18 de noviembre de 2014, el MTC emitió opinión sobre la interpretación solicitada por la APN, adjuntando el Informe N° 1191-2014-MTC/25 de fecha 12 de noviembre de 2014.

III. ANÁLISIS

9. A efectos de emitir pronunciamiento sobre la solicitud de inicio de interpretación contractual formulada por la APN, se evaluarán los siguientes aspectos desde una perspectiva legal y técnica:

- A. Las facultades de OSITRAN en materia de interpretación contractual.
- B. La solicitud de interpretación presentada por la APN.
- C. La opinión de las partes contratantes y del Consejo de Usuario de Puertos.
- D. Análisis de la solicitud de interpretación presentada por la APN.

A. Las facultades de OSITRAN en materia de interpretación contractual

10. 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:

"Artículo 7.- Funciones

¹ Cabe indicar que en el referido escrito, Transportadora Callao S.A. solicitó el uso de la palabra. Sin embargo, mediante Carta N° ADM-936-14, presentada con fecha 27 de noviembre de 2014, se desistió de su solicitud



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.

(...)”

11. En concordancia con lo anterior, el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM², y sus modificatorias, señala lo siguiente:

CAPÍTULO III

FUNCIÓN SUPERVISORA

(...)

Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión.- 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 Infraestructura, 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, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.

12. Como se observa, el referido artículo precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación.
13. Asimismo, cabe tener presente que, mediante el 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), estableciendo que la interpretación está orientada a determinar el sentido y significado de una o más cláusulas dudosas del Contrato de Concesión o que no sean claras, a fin de darle claridad al texto y hacer posible su aplicación. Esta competencia, que puede ser realizada de oficio o a solicitud de parte, es exclusiva de este Organismo Regulador, no siendo por ende, materia de libre disposición por terceros, dado que se trata de una facultad que tiene sustento en una competencia administrativa otorgada legalmente a este Regulador.

14. Ahora bien, cabe indicar que por interpretación debemos entender a aquella “(...) operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como ‘voluntad común’ de una determinada regulación contractual”. Para tal efecto, Barchi precisa que: “Como el contrato es un acuerdo, es



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

decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad 'común' que se traduce en el acuerdo³".

15. En el mismo sentido, Vidal Ramírez agrega que "(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe"⁴.
16. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, aceptando en todo momento que las partes adoptaron su contenido actuando de buena fe, todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación.
17. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar entonces consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos. Lo expuesto no implica que este Regulador se encuentre facultado a crear obligaciones que no se encuentre contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.
18. Teniendo en consideración lo anterior, el OSITRAN se encuentra facultado a interpretar los Contratos de Concesión, a solicitud de cualquiera de las partes contratantes, o de oficio, destacándose que la fuente y un elemento determinante para ello, es la oscuridad o ambigüedad de la declaración expresada en el Contrato de Concesión, sus Anexos, Bases y Circulares.

19. Asimismo, atendiendo a lo indicado en los Lineamientos, en caso el Regulador determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia, razón por la cual no procederá la interpretación en caso se advierta que el contrato no contiene alguna cláusula que sea ambigua, no entendible, oscura o poco clara, de tal forma que se imposibilite su aplicación.

B. La solicitud de interpretación presentada por la APN

20. La APN solicitó a OSITRAN el inicio de un procedimiento de interpretación para que se interprete el alcance de la cláusula 1.15.102 que define el término "Usuario" del

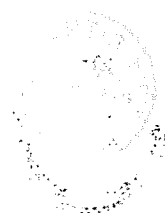
³ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p.1768.

⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.

Contrato de Concesión, a efectos de que se precise el alcance de dicha cláusula en el contexto de las reducciones del ritmo de embarque contenidas en el Anexo 03 del Contrato de Concesión.

21. La APN fundamenta su solicitud sobre las base de los siguientes argumentos:

- a. El Contrato de Concesión establece en la cláusula 1.15.102 que el termino "Usuario" identifica a la *"persona natural o jurídica que recibe los servicios brindados por el Concesionario"*; así mismo la cláusula 1.15.89 señala que debe entenderse por servicios portuarios a todos los que el Concesionario de manera directa, o a través de sus empresas vinculadas, presta en el área de Concesión a todo usuario que lo solicite. Estos servicios incluyen los de carácter estándar y los especiales.
- b. En ese sentido, la cláusula 1.15.90 señala que los servicios estándar se prestarán obligatoriamente a todo usuario que los solicite cumpliendo necesariamente los niveles de servicio y productividad señalados en el Anexo 03 del Contrato de Concesión.
- c. Respecto al término "Usuario" que ha sido usado en el párrafo nueve del Anexo 03, de los indicadores de productividad, dicha mención hace referencia al usuario como aquel que solicita las reducciones de ritmo de embarque, pero precisa que los niveles de productividad no incluyen las reducciones del ritmo de embarque que hayan sido solicitadas por éste.
- d. En ese sentido, la APN señala que las cláusulas del Contrato de Concesión no detallan explícitamente quienes son los actores que comprenden el término "usuario", tampoco hacen una distinción o clasificación del mismo, como de alguna manera, se menciona en la Legislación Portuaria, al distinguirse entre usuario intermedio o final, siendo necesaria una segmentación más específica para fines de la metodología de medición de los Niveles de Servicio y Productividad contenida en el Anexo 03 del Contrato, donde se identifique de manera clara y precisa a los actores involucrados participantes en el contexto del ciclo de la operación portuaria de embarque, dentro del ámbito geográfico de la Concesión.
- e. Por otro lado, señala que el Anexo 03 hace mención que el Concesionario está obligado a cumplir con el rendimiento neto de embarque no menor de 1,600 toneladas/hora y que las reducciones del ritmo de embarque serán excepciones para el logro de los niveles de productividad; en tal sentido, es el concepto de "Usuario" un factor que resulta ser determinante para el indicador eficiencia, ya que la solicitud del usuario podría ocasionar interrupciones al ritmo de embarque.
- f. De esta manera, la APN propone los siguientes parámetros a efectos de identificar al usuario para los casos de solicitud de reducción de ritmo de embarque:



- Sera usuario aquel que participe directamente en la operación de embarque dentro del área de concesión, desde el Open Access (inicio de la concesión) hasta la nave.
 - Sera usuario aquel que preste y/o reciba un servicio portuario dentro del ámbito del recinto portuario, como es el caso del capitán de la nave o su representante (agente marítimo).
- g. Finalmente, la APN señala que la imprecisión del término "Usuario" por la generalidad en la que ésta se encuentra en el Contrato de Concesión induce al Concesionario a considerar que la solicitud para las reducciones del ritmo de embarque pueden ser presentados por el depósito del operador de la faja secundaria, situación que no puede ser consignada en la metodología por ser desfavorable para los intereses de la medición. Así, señala que cuando se quiere identificar al usuario, se le puede distinguir desde dos puntos de vista: un usuario como actor que participa en el proceso de embarque, como es el caso del Capitán de la nave o su representante; y por otro, un usuario que no forma parte del proceso de embarque ni de la competencia de la concesión, como son los depósitos del operador de la faja secundaria, dueños de la carga, u operador del almacén, embarcador de minerales, etc.

C. La opinión de las partes contratantes y del Consejo de Usuarios de Puertos

C.1. Sobre la opinión del Concedente

22. El MTC, en su calidad de Concedente, mediante el documento de la referencia g) emite opinión sobre la interpretación solicitada por la APN. A tales efectos, adjuntó el Informe N° 1191-2014-MTC/25 mediante el cual se concluye que el término "Usuario" está claramente establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base, principalmente, de los siguientes argumentos:

- Respecto a la interpretación solicitada por la APN, el MTC señala que la interrogante se encuentra en definir qué actores intervienen en el proceso de operación de embarque, con el fin de no dilatar la medición de los niveles de servicio y productividad indicados en el Anexo 3 del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Estándar.
- Así, señala que el Contrato de Concesión define claramente los términos "Servicios" y "Servicios Estándar", y además establece que el Concesionario presta el Servicio Estándar tanto a la nave como a la carga y ambos son "usuarios" que utilizan la infraestructura y equipamiento portuario del Terminal. Con lo cual, tanto el Contrato como su Anexo 3 no contienen ninguna restricción del término "usuario".
- Además, indica que en vista que en el Contrato de Concesión se cuantifica el rendimiento neto de embarque y que las reducciones del ritmo de embarque serán excepciones para el logro de los niveles de productividad, resulta pertinente determinar, tal como lo establece el Anexo 03, que sólo serán excluidas las reducciones del ritmo de embarque que sean solicitados por el usuario



debidamente documentado, con el fin de tener indicadores de eficiencia y no se ocasionen interrupciones en el ritmo de embarque.

- En ese sentido, el MTC señala que si lo que busca la APN con su solicitud es no saturar el trabajo de medición, podría determinar cuáles son los documentos adicionales que deberá presentar el usuario que solicite la reducción de ritmo de embarque con el fin de mejorar la eficiencia del servicio.

C.2. Sobre la opinión del Concesionario

23. Mediante el documento de la referencia d), Transportadora Callao S.A. emitió opinión señalando que este Regulador no puede interpretar el alcance del término "Usuario" debido a que el propio Contrato de Concesión define dicho término. Adicionalmente, indica que aun cuando se considerara – erróneamente- que se debe realizar una interpretación, los términos del Contrato de Concesión reflejan que el usuario relevante al servicio medido es el usuario relacionado con la carga (consignatario, propietario del mineral, o sus representantes).
24. De esta manera, Transportadora Callao S.A. señaló lo siguiente: *"Aquello que la APN solicita, utilizando el mecanismo de la interpretación del Contrato de Concesión, implicaría en la realidad una modificación de los términos del mismo"*.
25. Adicionalmente, señaló que:

"(...) la solicitud de la APN materia de esta comunicación, pretende que OSITRAN restrinja la definición de usuario prevista en el Contrato de Concesión, de forma tal que se entienda que el Anexo 3 del propio Contrato de Concesión sólo se refiere a la nave; sin incluir a los usuarios del servicio en función de la carga.

Notarán los funcionarios de OSITRAN que dicha solicitud es manifiestamente improcedente. El propio Contrato de Concesión define claramente el término "usuario" y su Anexo 3 no contiene disposición alguna que restrinja dicha definición.

Más aún, el Contrato de Concesión incluye en su cláusula 1.15.67 la definición de "nave". De haberse pretendido que las disposiciones del Anexo 3 se aplicaran sólo a la nave, el Contrato de Concesión habría utilizado dicho término.

Adicionalmente, aunque el Anexo 3 del Contrato de Concesión no restringe el término "usuario" estimamos importante señalar que, de manera concordante con la posición de TCSA, la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión señala que el servicio de recepción, transporte y embarque, así como la utilización de la infraestructura y equipamiento portuario desde el Punto de Acceso Público hasta la nave, constituye un servicio en función a la carga. El usuario de este servicio es el propietario del concentrado de mineral o su consignatario, precisamente el supuesto que no se estaría permitiendo con la opinión incluida en el Informe 354-2014-APN/DOMA".

[Subrayado es nuestro]



26. Finalmente, Transportadora Callao S.A. señaló que ha suscrito con el Estado Peruano un Contrato de Garantías, aprobado por Decreto Supremo 1-2011-EF, mediante el cual se otorga a dicha empresa las garantías y seguridades en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Estado Peruano en el Contrato de Concesión.

C.3. Sobre la opinión del Consejo de Usuarios de Puertos

27. Mediante Oficio de la referencia f), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó opinión al Consejo de Usuarios de Puertos respecto al pedido de interpretación formulado por la APN. Sin embargo, dicho Consejo de Usuarios no ha emitido alguna opinión hasta la fecha.

D. Análisis de la solicitud de interpretación presentada por la APN

28. De acuerdo con lo solicitado por la APN, se considera necesario el inicio de un procedimiento para que se interprete el alcance de la cláusula 1.15.102 que define el término "Usuario" del Contrato de Concesión, "a efectos de precisar el alcance de dicha cláusula en el contexto de las reducciones del ritmo de embarque contenidas en el Anexo 03 del Contrato de Concesión". [Subrayado es nuestro]
29. Así, el Informe N° 354-2014 APN/DOMA presentada por la APN como sustento de su solicitud señala que:

"7. Respecto al término "Usuario" que ha sido usado en el párrafo nueve del Anexo 03 – "Indicadores de productividad", dicha mención hace referencia al usuario como aquel que solicita las reducciones de ritmo de embarque, pero mencionando que los niveles de productividad no incluyen las reducciones del ritmo de embarque que hayan sido solicitadas por éste.

8. Es decir, que las cláusulas del contrato, no detallan explícitamente quienes son los actores que comprenden el término usuario, tampoco hacen una distinción o clasificación del mismo, como de alguna manera, se menciona en la legislación portuaria, al distinguirse entre usuario intermedio o final, siendo necesaria una segmentación más específica para fines de la metodología, donde se identifique de manera clara y precisa a los actores involucrados participantes en el contexto del ciclo de la operación portuaria de embarque, dentro del ámbito geográfico de la concesión".

[Subrayado es nuestro]

30. Al respecto, cabe indicar que el Contrato de Concesión define el concepto de "Usuario" en los siguientes términos:

*"1.15.102. Usuario
Es la persona natural o jurídica que recibe los Servicios brindados por el CONCESIONARIO".*

[Subrayado es nuestro]

31. Sobre el término "Servicios", el Contrato lo define de la siguiente manera:



"1.15.89. Servicios

Son todos los servicios portuarios que el CONCESIONARIO, directamente o a través de sus Empresas Vinculadas, prestará en el Área de Concesión, a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales".

32. Por otro lado, el Anexo 03 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Anexo 3

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

Indicadores de Productividad

Los Niveles de Productividad que está obligado el CONCESIONARIO serán de un rendimiento neto no menor de 1,600 ton/hora

Los niveles de productividad no incluyen las reducciones de ritmo de embarque que sean solicitados por el usuario debidamente documentado.

La metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad será establecida por la APN".

[Subrayado es nuestro]

33. En virtud de lo anterior, en primer lugar, debe quedar claro que el Contrato de Concesión define el término "Usuario", señalando que es Usuario todo aquel que recibe los servicios portuarios (Servicios Estándar y Servicios Especiales) por parte del Concesionario. Cabe indicar que la definición de "Usuario", tal como ha sido recogida en el Contrato, no ha sido ampliada ni restringida en el Anexo 3 del Contrato de Concesión, limitándose este último a mencionar el término usuario. En esa medida, en aplicación del Contrato, el término usuario debe aplicarse tal cual ha sido definido por acuerdo de las Partes, por lo que no puede variar en función a los criterios que se aplican a los Niveles de Servicio y Productividad. Asumir lo contrario, esto es, que el alcance de la definición de "Usuario" se haga depender de las variables de medición de los niveles de productividad, pese a que ello no se ha establecido contractualmente, implicaría una modificación del Contrato de Concesión.
34. En esa línea, es incorrecta la afirmación de la APN en el sentido que existiría una imprecisión en la definición de "Usuario" prevista en el Contrato de Concesión, debiendo hacerse, vía interpretación, una 'segmentación más específica para fines de la metodología, donde se identifique de manera clara y precisa a los actores involucrados participantes en el contexto del ciclo de la operación portuaria de embarque, dentro del ámbito geográfico de la Concesión'. Ello, en tanto que no se puede pretender que una definición contractual que está suficientemente clara, sea interpretada para incorporar limitaciones o condiciones a esa definición con el objeto de aplicar la metodología que le corresponde aprobar a la APN, ya cualquier alteración del sentido y alcance de una definición contractual no puede ser objeto de una interpretación, sino en todo caso de una modificación contractual.
35. Debe quedar claro que la definición de "Usuario" se aplica a los receptores de servicios sean éstos en función a la nave, en función a la carga o especiales, conforme lo precisa el Contrato de Concesión en la parte correspondiente a 'Alcances del Servicio', por lo



que son inadmisibles los parámetros propuestos por APN a efectos de identificar al usuario para los casos de solicitud de reducción de ritmo de embarque. El Contrato de Concesión define el término "Usuario", con lo cual, no corresponde establecer algunos parámetros adicionales, no previstos contractualmente, para identificar un concepto cuyos alcances ya están definidos. Asimismo, el permitir el establecimiento de "parámetros" conllevaría a que esto se replique en los diferentes Contratos de Concesión que supervisa este Regulador, desconociendo que el término "Usuario" es único y que consiste en todo aquel que recibe los servicios prestados por el Concesionario.

36. Ejecutar y supervisar el Contrato de Concesión de una manera distinta implicaría contravenir no sólo el propio contrato, sino también la norma imperativa contenida en el artículo 1362º del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes.
37. En ese sentido, al no existir un concepto oscuro o ambiguo en la cláusula 1.15.102 referido al término "Usuario", no procede el inicio del procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión.
38. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario señala en su carta notificada el 15 de octubre de 2014, que *"existen diversas razones por las cuales el usuario de servicio de recepción, transporte y embarque, como propietario o consignatario del concentrado de mineral, puede solicitar la reducción del ritmo de embarque, tales como mamparo de carga en bodegas, falta de alistamiento de carga, contaminación en el producto a embarcar, producto fuera de especificación de diseño, entre otros. Esta práctica es de uso común en otros terminales supervisados por APN. También existen razones por las cuales la nave puede solicitar la reducción del ritmo de embarque. Precisamente por ello, nuestro Contrato de Concesión no restringe esta disposición a determinado tipo de usuario"*.
39. Al respecto, es importante precisar que, conforme a lo establecido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión, corresponde a la APN establecer la metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad⁴. En esa medida, como señala el MTC en su opinión, *"si lo que busca la APN es que no se sature el trabajo de la medición con distorsiones que alteren los resultados al momento de evaluar la información enviada por el Concesionario, haciendo posible corroborar el cumplimiento de los niveles de servicio comprometidos"*, deberá la APN determinar cuáles son los documentos adicionales que deberá presentar el usuario que solicite la reducción de ritmo de embarque, en línea con lo establecido en el Anexo 03 que señala *"(...) las reducciones de ritmo de embarque que sean solicitados por el usuario debidamente documentado"*. [Subrayado y resaltado es nuestro]



⁴ En efecto, de acuerdo al Anexo 03 del Contrato de Concesión, *"la metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad será establecida por la APN"*. Ello guarda concordancia con lo establecido en el literal k) del artículo 24 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, que establece como una de las atribuciones de la APN, el normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse.

40. Se aprecia entonces que existen dos condiciones necesarias para que se atienda una solicitud de reducción de ritmo de embarque:
- (i) Que la solicitud sea realizada por un usuario.
 - (ii) Que la solicitud esté debidamente documentada.
41. Respecto a la condición (i), como quedó establecido en los párrafos anteriores, el concepto de Usuario está definido de manera explícita en la cláusula 1.15.102 de la 1.15 del Contrato de Concesión.
42. No obstante, respecto a la condición (ii), el Contrato no define qué es una solicitud debidamente documentada, pero sí señala que la metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad será establecida por la APN. En este contexto, se estima pertinente lo siguiente:
- Que la metodología a ser desarrollada por la APN incluya la definición de solicitud debidamente documentada. Así, en la metodología se podría listar los casos en que puede solicitarse la reducción del ritmo de embarque, o los casos que no serán considerados por la APN como reducciones de ritmo de embarque, dentro de los parámetros establecidos en el Contrato de Concesión.
 - Que como uno de los requisitos para considerar que una solicitud esté debidamente documentada, sea que el usuario sustente y acredite de manera objetiva las razones técnicas que justifican la reducción del ritmo de descarga a un nivel inferior a 1600 ton/hora, en el marco de protocolos, normas y convenios internacionales vinculadas a transporte marítimo tales como el Código Marítimo Internacional de Cargas Sólidas a Granel (IMSBC Code) y su suplemento el Código de Prácticas para la Seguridad de las Operaciones de Carga y Descarga de Graneleros (BLU Code.)



IV. CONCLUSIONES

43. El término "Usuario" establecido en el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales no contiene algún concepto oscuro u ambiguo que amerite el inicio de un procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión, por lo que la solicitud presentada por APN resulta improcedente.
44. La medición de indicadores de servicio y productividad establecidos en el Anexo 03 del Contrato de Concesión, así como la aplicación de la metodología, debe ceñirse a los términos y definiciones establecidas en el referido Contrato.
45. Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo establecido en el Anexo 3 el Contrato de Concesión, corresponde a la APN establecer la metodología para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad, por lo que el detalle de los casos en que puede solicitarse la reducción del ritmo de embarque debe ser precisado por la APN en su metodología. Así, se estima pertinente: (i) que la metodología a ser desarrollada por la APN incluya la definición de solicitud debidamente documentada; y (ii) que como uno de los requisitos para considerar que una solicitud esté debidamente documentado, sea que el usuario sustente y acredite de manera objetiva las razones técnicas que justifican



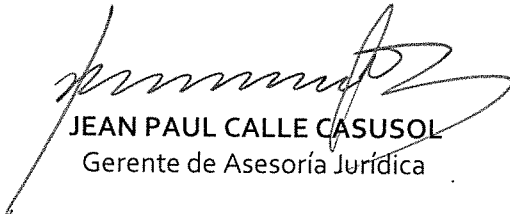
la reducción del ritmo de descarga a un nivel inferior a 1600 ton/hora, en el marco de protocolos, normas y convenios internacionales vinculadas a transporte marítimo.

V. RECOMENDACIONES

Se recomienda elevar el presente informe al Consejo Directivo a fin de que, de considerarlo conveniente, declare improcedente la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Terminal Portuario del Callao presentada por la Autoridad Portuaria Nacional.

Atentamente,


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

CYañez/mg
Reg. Sal GAJ No. 42134-14
Ref. 40835 y 36156-14



OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO Nº: 1589-2014-66
PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : Se remite Informe del Area
FECHA: 28/11/2014 Técnico

