



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 27 de mayo de 2013

N° 022-2013-CD-OSITRAN

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante TPE), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2012-CD-OSITRAN que aprobó la Interpretación de los alcances de la Cláusula 8.17 (Alcances del Servicio – Servicio Estándar), del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, el Informe N° 015-13-GRE-GAL-OSITRAN, y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 02 de abril de 2012, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-CD-OSITRAN, la cual dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.17 (Alcances del Servicio – Servicio Estándar) del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita (TPP).
2. Al respecto, es necesario señalar que el procedimiento de interpretación se inició con la finalidad de determinar si las actividades de *i) apertura y cierre de grifos u operaciones con bombas de fluidos, y ii) uso de barreras de contención*, prestados por la empresa Concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos (TPE), formaban parte o no de los Servicios Estándar.
3. Con fecha 6 de diciembre de 2012, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución N° 040-2012-CD-OSITRAN, el cual interpreto los alcances de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita (TPP), relacionado con el alcance de los servicios estándar.
4. Con fecha 04 de enero de 2013, TPE interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 040-2012-CD-OSITRAN.

II. OBJETIVO

5. La presente Resolución tiene por objetivo, determinar la procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2012-CD-OSITRAN, para luego, de ser el caso, analizar el fondo del referido recurso impugnativo.



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

Página 1 de 12

Av. República de Panamá 3659 - San Isidro, Lima - Perú. Teléf: 440-5115 Fax: 421-4739 - www.ositran.gob.pe





III. ANALISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACION DE TPE

III.1 Análisis de admisibilidad y procedencia

6. Respecto a la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, el Capítulo II del Título III de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados contra los distintos actos administrativos que dictan las entidades de la Administración Pública, como es el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2012-CD-OSITRAN.

7. Ahora bien, en cuanto a los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, es necesario considerar que el Artículo 207° de la LPAG, señala que los recursos administrativos son los siguientes:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión.

8. Establece además, que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

9. El artículo 208° de la Ley N° 27444, señala que 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. Dicha norma precisa además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

10. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos, es necesario analizar los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, según las normas antes mencionadas:

- a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
- b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un *acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia*.
- c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días previsto para ello, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar. Se entiende que los días son días hábiles.
- d) Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés, pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.

11. En ese sentido, se debe señalar que el recurso presentado por TPE cumple todos y cada uno de los requisitos mencionados en el numeral precedente, por lo que se debe declarar admisible y procedente el Recurso de Reconsideración interpuesto.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

12. A continuación, se detallan los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración por parte de la empresa concesionaria (TPE):

i. *Que el marco legal aplicable a los contratos de concesión, contempla una garantía del Estado para no ser modificados.*

ii. *Que los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (Lineamientos), se aplicarían supletoriamente a los criterios de interpretación previstos en el Contrato de Concesión del TPP.*

iii. *Que, en la Circular N° 16, al absolver una de las consultas planteadas, se habría señalado que "el detalle de los alcances de los Servicios Estándar, se incorporará en el tercer proyecto de Contrato de Concesión.", lo cual habría sido recogido en el Resumen Ejecutivo PUE-068-2008 preparado por PROINVERSIÓN referido a la estructura tarifaria y que confirmaría que los Servicios Estándar serían regulados como un "listado detallado, concreto y taxativo", y que dicha situación se vería corroborada con la Circular N° 20.*

iv. *Que el procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión iniciado por OSITRAN resultaría ilegal debido a que pretendería efectuar una modificación arbitraria y unilateral de la cláusula 8.17, debido a una interpretación equivocada del segundo párrafo de la citada cláusula.*

v. *Que la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del TPP contiene una lista taxativa y no meramente enunciativa como lo señala OSITRAN.*

13. En la siguiente sección se procederá a analizar cada uno de los argumentos esgrimidos por la empresa concesionaria en su Recurso de Reconsideración.

III.2 Que el marco legal aplicable a los contratos de concesión, contempla una garantía del Estado para no ser modificados.

14. Respecto de este extremo del recurso de reconsideración, es necesario señalar que conforme al literal e) de la cláusula 3.2 del Contrato de Concesión, el Concedente garantiza al Concesionario, a la fecha de suscripción del Contrato, entre otras cosas, que:

*"La validez y alcances de las estipulaciones en el Contrato han sido formulados sobre la base de las Leyes y Disposiciones Aplicables."
(El subrayado es nuestro)*

15. En ese sentido, y tal como se mencionó también en los numerales 47, 48, 49 y 50, del Informe N° 024-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, la cláusula 16.1 establece que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que se originen del contrato de concesión, se regirán por las Leyes y Disposiciones Aplicables, la misma que el Concesionario ha declarado conocer.

16. Por su parte, la cláusula 1.18.64 del contrato de concesión establece que las "Leyes y Disposiciones Aplicables", están constituidas por el conjunto de normas que regulan el





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

contrato, entre los cuales se encuentran los reglamentos que pueda dictar cualquier "Autoridad Gubernamental" competente:

"1.18.64 Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente."

17. De esta manera, tanto las normas emitidas por el organismo regulador, como las emitidas por cualquier autoridad administrativa, tendrán efectos sobre el contrato.
18. Como se puede advertir, estas son disposiciones contractuales a las que las partes, voluntariamente se han sometido, razón por la que no podrían alegar el desconocimiento de sus alcances.
19. En cualquier caso, tal como lo establece el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, constituye función del OSITRAN interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
20. Asimismo, el artículo 31 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, señala que "En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que OSITRAN realice de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la ENTIDAD PRESTADORA correspondiente, se podrá cuestionar dicha interpretación ante el Consejo Directivo. (...)"
21. Consecuentemente, a través de la interpretación de un contrato de concesión el Consejo Directivo de OSITRAN no modifica ni puede modificar el contenido del contrato, sino que la interpretación solo puede estar orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación, conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 53 del Reglamento General del OSITRAN.

22. Por tanto, este extremo del recurso es infundado.

III.3 Que los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (Lineamientos), se aplicarían supletoriamente a los criterios de interpretación previstos en el Contrato de Concesión del TPP.

23. Conforme ya quedó demostrado del acápite precedente, la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión, establece claramente que el Concesionario declara conocer las "Leyes y Disposiciones Aplicables", precisando que el Contrato de Concesión se regirá e interpretará de acuerdo a ellas, y entendiéndose, conforme a la cláusula 1.18.64 del referido contrato, que las "Leyes y Disposiciones Aplicables", están constituidas por el conjunto de normas que regulan el contrato, entre los cuales se encuentran los



OSITRAN

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

Página 4, de 12





reglamentos que pueda dictar cualquier "Autoridad Gubernamental" competente, como el OSITRAN.

24. En ese orden de ideas, los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (Lineamientos), aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, forman parte de esas "Leyes y Disposiciones Aplicables", por lo que le resultan plenamente aplicables.
25. Precisamente, dichos Lineamientos, señalan en su ítem 1 que los mismos "... tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión...".
26. Asimismo, el ítem 6.1 de los referidos Lineamientos establece que:

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir... su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)

27. En virtud de ello, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil¹. Adicionalmente, el artículo 1362° del Código Civil establece lo siguiente:

*Artículo 1362.- Buena Fe
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

28. Lo anterior implica que, en concordancia con lo establecido por el artículo 168° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.
29. Con respecto al Contrato de Concesión del TPP, ésta ha establecido en sus cláusulas 16.3 a 16.9 los siguientes criterios de interpretación:
 - En caso de divergencia en la interpretación del Contrato se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

¹ Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil, de aplicación supletoria al procedimiento de interpretación de contratos, ha establecido diferentes criterios de interpretación:

Artículo 168.- Interpretación objetiva

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

Artículo 169.- Interpretación sistemática

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

Artículo 170.- Interpretación integral

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto





- a) El Contrato;
- b) Circulares a que se hace referencia en las bases; y
- c) Las Bases.

- Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.
- Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.
- Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.
- El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal enumeración.
- El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.
- Todos aquellos ingresos, costos, gastos y similares a que tenga derecho el Concesionario por la prestación de los servicios deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a los Términos del Contrato.



30. En el presente caso, tal como también se señaló en su oportunidad en el Informe N° 024-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, en el presente caso recogidos a su vez por los lineamientos, se constituyen en normas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

"...no es posible interpretar los actos jurídicos sin utilizar los criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no sólo para las partes sino para los jueces o árbitros y cualquier otro interprete. (...)"²



- 31. En consecuencia, para efectos de la interpretación realizada por el OSITRAN, además de los criterios de interpretación establecidos por los lineamientos que referimos, su tuvieron en consideración, de manera complementaria, los criterios establecidos en las cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión, en tanto resultaban aplicables.
- 32. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil³, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco



² GUTIERREZ CAMACHO, Walter: "Interpretación del Acto Jurídico", EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.
³ Conforme a la doctrina mayoritaria, en virtud de las materias que aborda, el Título Preliminar del Código Civil resulta de aplicación a todo el ordenamiento jurídico peruano y no exclusivamente al ámbito de derecho privado.



normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario, el acto jurídico resultaría nulo:

Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

33. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión, asignada a OSITRAN, queda claro que:
- Al momento de resolver la interpretación, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
 - El contrato se interpretará de acuerdo a las "Leyes y Disposiciones Aplicables" (Cláusula 16.1)
 - Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en los Lineamientos, como en el Contrato de Concesión.
 - La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - Los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.



34. En virtud de lo expuesto, queda claro que la interpretación efectuada por OSITRAN, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2012-CD-OSITRAN se ha emitido conforme al marco legal vigente y en el ejercicio de atribuciones válidamente otorgadas al OSITRAN.



35. Por tanto, este extremo del recurso es infundado.

III.4 Que, en la Circular N° 16, al absolver una de las consultas planteadas, se habría señalado que "el detalle de los alcances de los Servicios Estándar, se incorporará en el tercer proyecto de Contrato de Concesión.", lo cual habría sido recogido en el Resumen Ejecutivo PUE-068-2008 preparado por PROINVERSIÓN referido a la estructura tarifaria y que confirmaría que los Servicios Estándar serían regulados como un "listado detallado, concreto y taxativo", y que dicha situación se vería corroborada con la Circular N° 20.

36. Al respecto, es necesario mencionar que si bien, la consulta efectuada contenida en la Circular N° 16, solicita que se proporcione "...un listado detallado de los servicios denominados Estándar.", la respuesta a la citada Consulta fue, efectivamente, que "...el detalle de los alcances de los Servicios Estándar, se incorporará en el tercer proyecto de Contrato de Concesión."

37. Nótese que en la absolución de la consulta, no se hace referencia al "detalle de los servicios", sino al "detalle de los alcances de los servicios", lo que es cualitativamente diferente a lo señalado por TPE. En ese sentido, lo indicado en la absolución es plenamente coherente con lo que se estableció en el tercer proyecto del Contrato de Concesión, y propiamente con lo señalado en la cláusula 8.17.





- 38. Evidentemente, no existe razón alguna para suponer que la absolución de la consulta reconocía la voluntad o necesidad de incluir una relación taxativa de servicios estándar.
- 39. Por otro lado, el Resumen Ejecutivo PUE-068-2008 y 070-2008 preparado por PROINVERSIÓN y que, según TPE, confirmaría que los Servicios Estándar serían regulados como un listado taxativo, está circunscrito a las tarifas aplicables a la carga o a la nave que estarían incorporados en el Contrato de Concesión, pero ello no guarda relación alguna con la definición o el alcance de los Servicios Estándar o los Servicios Especiales.
- 40. Cabe indicar que en la Circular N° 20 tampoco se desvirtúa lo señalado en el párrafo precedente, siendo únicamente una indicación para la formulación de las propuestas económicas y sin que ello represente un indicativo que el denominado "Índice Tarifario Estándar" reconocía el carácter taxativo del Servicio Estándar.
- 41. Resulta claro, que este extremo del recurso también es infundado.



III.5 Que el procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión iniciado por OSITRAN resultaría ilegal debido a que pretendería efectuar una modificación arbitraria y unilateral de la cláusula 8.17, debido a una interpretación equivocada del segundo párrafo de la citada cláusula.

- 42. Al respecto, cabe citar el texto íntegro del segundo párrafo de la cláusula 8.17:

"(...)
Asimismo, tanto en el caso de embarque como en el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Portuario de Paita hasta de cuarenta y ocho (48) horas libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar.
 (...)"
 (El subrayado es nuestro)



- 43. TPE sostiene que la interpretación efectuada por OSITRAN únicamente se sustentó en lo expresado en el segundo párrafo de la cláusula citada lo cual no es exacto dado que, de acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-CD-OSITRAN, que dio inicio al procedimiento de interpretación de oficio, éste tenía como alcance toda la cláusula 8.17 y no a una parte de ella.
- 44. No obstante lo expuesto, tal como se señala en el Informe N° 024-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN (que sirvió de base para la Resolución N° 040-2012-CD-OSITRAN), la descripción general que se hace de la naturaleza de los Servicios Estándar, antes del listado al que hace referencia TPE, es lo que determina que tal lista sea enunciativa y no taxativa, y esa descripción se encuentra en el primer párrafo que citamos a continuación:



"8.17 SERVICIOS ESTÁNDAR





Son aquellos Servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Portuario de Paita hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

(...)"

(El subrayado es nuestro)

45. Como puede advertirse, es el primer párrafo de la Cláusula 8.17 cuya lectura indica lo que comprende los servicios estándar y no la interpretación del segundo párrafo en el extremo que se refiere a "...otros que implique la prestación del Servicio Estándar."
46. Como se mencionó en el Informe N° 024-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que sirvió de base para la Resolución N° 040-2012-CD-OSITRAN, es necesario precisar que los Servicios Estándar incluyen todas las actividades portuarias consideradas **necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o desembarque de cada tipo de carga**, lo cual obedece además a la propia lógica y operatividad portuaria. En el caso de desembarque, comprende desde el amarre de la nave, contabilizando el tiempo de utilización del amarradero, para luego descargar la carga mediante el uso de equipamiento portuario por parte del personal de estiba (p.e. grúas pórtico de muelle para atender contenedores) y ser transportado hasta el área de almacenaje, donde es manipulado y almacenado, y finalmente retirado por el usuario previo pesaje del mismo.
47. Es decir, el proceso de desembarque de cada tipo de carga sería imposible de completar si no se realiza alguna de las actividades portuarias antes mencionadas. Cabe mencionar que estas actividades portuarias, en vista que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas; de ahí la denominación del servicio.
48. De lo anteriormente expuesto, queda evidenciado que la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión establece, de manera general, la naturaleza y alcance de los Servicios Estándar, los cuales presentan, entre otros, las siguientes características:
- Su prestación es necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga.
 - Son actividades que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, con lo cual son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas.
 - Son de prestación obligatoria por parte del Concesionario, como resultado de que se cumple i) y que el Concesionario es el único que puede prestarlo (en concordancia con la cláusula 2.5 referido a la exclusividad que tiene el Concesionario para la prestación de todos los servicios dentro del TPP⁴).



⁴

La cláusula 2.5 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"2.5. (...) iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del referido Terminal a partir de la Toma de Posesión (...)"

OSITRAN

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

Página 9 de 12

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification





49. Por otro lado, TPE en su escrito de alegatos presentado con fecha 19 de abril del 2013, sostiene que la interpretación desarrollada por OSITRAN respecto de la cláusula 8.17, ocasionaría que "...servicios como el suministro de energía para contenedores refrigerados (reefers) o la emisión de constancias de peso de carga, respecto a los cuales nadie puede discutir la calificación de Servicios Especiales, se encuentren "enunciados" dentro del Servicio Estándar, pues se prestan durante la operación portuaria (dentro del periodo comprendido entre el ingreso y salida de la carga)." (El subrayado es nuestro)
50. La afirmación de TPE no es correcta. En primer lugar, si bien los Servicios referidos por el Concesionario, por ejemplo, suministro de energía para contenedores refrigerados, constituyen Servicios Especiales, tales Servicios se prestan de manera no obligatoria, en contraste, con el caso de los Servicios Estándar, en el que, en virtud de lo señalado en el Contrato, éstos se prestan de forma OBLIGATORIA.
51. Es decir, en el caso del Servicio Estándar el Concesionario no tiene posibilidad de no brindarlos cada vez que se lo soliciten, como si sucede en el caso de los Servicios Especiales. Adicionalmente, cabe precisar, que en el caso del suministro de energía para contenedores refrigerados, éste servicio podría ser brindado por el puerto o por otros terminales extraportuarios.
52. En efecto, como ya se ha mencionado, y tal como se estableció con la Resolución N° 040-2012-CD-OSITRAN, los Servicios Estándar incluyen todas las actividades portuarias consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o desembarque de cada tipo de carga. Siendo éste, y no otro, el criterio para determinar el alcance del Servicio Estándar.
53. Por su parte, los Servicios Especiales no están detallados explícitamente en el Contrato, limitándose a caracterizarlos como aquellos servicios distintos a los Servicios Estándar que el Concesionario está facultado a prestar, cuyos términos y condiciones son libremente pactados por el Concesionario y por los correspondientes Usuarios, por los cuales el Concesionario tendrá el derecho de cobrar un Precio (Cláusula 1.18.90), y cuya prestación se brindará a los Usuarios que lo soliciten (Cláusula 8.18).
54. En este orden de ideas, los Servicios Especiales, al ser prestados de manera no obligatoria, a solicitud de los Usuarios, son efectuados de forma esporádica en algún momento del flujo operativo-portuario del proceso de embarque o desembarque de la carga, y responden a ciertas particularidades de las mercancías atendidas o a requerimientos específicos de algunos Usuarios. De esta forma, la prestación de estos servicios no pueden organizarse de manera sistemática por parte del concesionario del terminal, y requiere de una atención diferenciada o especializada.
55. Tal como oportunamente lo fundamentó el OSITRAN, de las definiciones establecidas en el propio Contrato de Concesión, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios. En este contexto, el Regulador utiliza los criterios establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN, en la definición de los alcances de los Servicios Estándar o Servicios Especiales, precisamente este criterio, es el que OSITRAN considero cuando estableció el carácter enunciativo de las actividades que se describían en la sección b) de la Cláusula 8.17.





56. En consecuencia, queda acreditado que mediante el procedimiento de interpretación no se está efectuando una modificación de los alcances de lo previsto en la cláusula 8.17, cuando se refiere a lo que se encuentra comprendido en los Servicios Estándar, por lo que este extremo del recurso resulta infundado.

III.6 Que la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del TPP contiene una lista taxativa y no meramente enunciativa como lo señala OSITRAN.

57. Como se ha mencionado en los acápites precedentes, la descripción general que se hace de la naturaleza de los Servicios Estándar, antes del listado al que hace referencia TPE (primer párrafo de la cláusula 8.17), es lo que determina que tal lista sea enunciativa y no taxativa.

58. En su escrito de alegatos, TPE argumenta que la interpretación efectuada por OSITRAN "...debió centrarse en qué actividades se encuentran comprendidas dentro del alcance del Servicios Estándar de embarque y desembarque sin necesidad de interpretar la cláusula 8.17 en su integridad."

59. Consideramos que tal argumentación no es correcta, dado que, precisamente, atendiendo a que la relación contenida en la cláusula 8.17 no era taxativa sino enunciativa, se requería efectuar la interpretación de la cláusula en su totalidad, para determinar los alcances de los servicios materia del procedimiento.

60. Sin embargo, en el supuesto negado que dicha lista fuese taxativa, como lo señala TPE, la actividad de *apertura y cierre de grifos u operaciones con bombas de fluidos en tierra* (que fue materia del procedimiento de interpretación efectuado por el OSITRAN), tampoco debería ser considerado como Servicio Estándar, pues dicha actividad no está listada en el Contrato de Concesión, lo cual sería absurdo.

61. Cabe señalar que, durante el procedimiento de interpretación, TPE reconoció que la actividad de *apertura y cierre de grifos u operaciones con bombas de fluidos en tierra* si formaba parte del Servicio Estándar, lo que contradice su postura actual respecto a que el Contrato de Concesión contiene una "lista taxativa" de las actividades que forman parte del Servicio Estándar.

62. Asimismo, en el Glosario de Términos que define cada servicio prestado por el Concesionario, se incluye en la definición de los servicios de Embarque/descarga de carga en contenedores, carga rodante y carga fraccionada, una lista de actividades que no se encuentran listadas taxativamente en el Contrato de Concesión. Así, se incluyen actividades como trinca/destrinca de la carga, enganche/desenganche de la carga y la tarja física, actividades que no se encuentran tampoco listadas expresamente en el Contrato de Concesión.

63. Como puede advertirse, si se acogiera la posición de TPE, se llegaría al absurdo de considerar, por ejemplo, que la trinca y destrinca constituirían servicios especiales en el Contrato de Concesión del TPP, pues no se encuentran "expresamente listadas" en la cláusula referida al Servicio Estándar.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

64. Ello evidencia que este extremo de recurso de reconsideración, al igual que los precedentes, es infundado.

POR LO EXPUESTO, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 27 de mayo de 2013 y, en el ejercicio de su función establecida en el literal f) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM;



SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2012-CD-OSITRAN que aprobó la Interpretación de los alcances de la Cláusula 8.17 (Alcances del Servicio – Servicio Estándar), del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita



Artículo 2°.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 015-13-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.

Artículo 3°.- AUTORIZAR la difusión de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).



Regístrese y comuníquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal N° 14600 -2013



OSITRAN

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

Página 12 de 12

