



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

Lima, 27 de mayo de 2013

Nº 023-2013-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Informe Nº 024-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 22 de mayo de 2013, mediante el cual se evalúa la solicitud de interpretación formulada por el Concesionario DP World Callao S.R.L. (en adelante DPWC o el Concesionario) respecto del indicador "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su Mercancía" contenido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Callao – Zona Sur, así como el proyecto de Resolución correspondiente.

CONSIDERANDO:

1. Con fecha 24 de julio de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de CONCEDENTE y la empresa DPWC en calidad de CONCESIONARIO, suscribieron el Contrato de Concesión para el Nuevo Terminal de Contenedores del Callao – Zona Sur.
2. Mediante Oficio Nº 5446-2010-GS-OSITRAN del 23 de diciembre del 2010, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC la Metodología de Medición de Indicadores y los Formatos para la remisión de la información mensual que servirá de base para evaluar el cumplimiento de los indicadores.
3. De acuerdo al Anexo 3 del Contrato de Concesión, el cumplimiento de los indicadores se registrará a partir del tercer trimestre de inicio de explotación, considerándose los dos primeros trimestres de explotación como etapa de adecuación.
4. Con Oficio Nº 194-11-GS-OSITRAN del 17 de enero del 2011, la Gerencia de Supervisión comunica a DPWC que se viene realizando evaluaciones parciales de los niveles de servicio y productividad, observándose en algunos casos incumplimiento de los indicadores según Anexo 3 del Contrato de Concesión, recomendando que se tomen las acciones que correspondan para su cumplimiento.
5. Posteriormente, con Oficio Nº 3321-2011-GS-OSITRAN del 11 de agosto del 2011, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC el informe Nº 1634-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Tercer Trimestre de Explotación (Primer Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/. 731,786.00, correspondiendo a la medición de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su Mercancía" la penalidad de S/. 337 608,00 por 18 756 veces que incumplió con la medición.



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





6. Asimismo, con Oficio N° 3464-2012-GS-OSITRAN del 23 de agosto del 2011, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC el informe N° 1734-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Cuarto Trimestre de explotación (Segundo Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/.765 877,00, correspondiendo a la medición de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía" la penalidad de S/. 334 792,00 por 18 044 veces que incumplió con la medición.

La impugnación del Concesionario a la medición del indicador de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía", referida a que no se debería considerar el tiempo de segundos en la medición, contó con el pronunciamiento favorable de la Gerencia General de OSITRAN (Oficio N° 265-2012-GG-OSITRAN de fecha 23 de agosto de 2012), efectuándose una nueva evaluación. Esta se puso en conocimiento del Concesionario con Oficio N° 4506-2012-GS-OSITRAN del 26 de octubre del 2012, mediante la cual se le comunicó que la penalidad por la medición era de 17 316 veces el 0.5% de la UIT, ya recalculadas.

7. Mediante Oficio N° 5243-2011-GS-OSITRAN del 13 de diciembre del 2011, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC el informe N° 2589-2011-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Quinto Trimestre de explotación (Tercer Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/. 689 670,00, correspondiendo a la medición de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía" la penalidad de S/. 188 928,00 por 10 496 veces que incumplió con la medición.

La impugnación del Concesionario al indicador de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su Mercancía" referida a que no se debía considerar el tiempo de segundos en la medición, contó con el pronunciamiento favorable de la Gerencia General de OSITRAN (Oficio N° 267-2012-GG-OSITRAN de fecha 27 de agosto de 2012), efectuándose una nueva evaluación. Esta se puso en conocimiento del Concesionario con Oficio N° 4505-2012-GS-OSITRAN del 26 de octubre de 2012, mediante la cual se les comunicó que la penalidad por la medición era de 10 081 veces el 0.5% de la UIT, ya recalculadas.

8. A través del Oficio N° 1046-2012-GS-OSITRAN del 08 de marzo del 2012, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC, el informe N° 636-2012-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Sexto Trimestre de explotación (Cuarto Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/. 37 026,00, correspondiendo a la medición de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía", la penalidad de S/. 36 918,00 por 2 051 veces que incumplió con la medición.

9. Posteriormente, con Oficio N° 1748-2012-GS-OSITRAN del 23 de abril del 2012, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC, el informe N° 1052-2012-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Sétimo Trimestre de explotación (Quinto Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/. 214 328,00, correspondiendo la medición de "Tiempo de Atención al





Usuario para el retiro de su Mercancía" la penalidad de S/. 214 164,00 por 11 735 veces que incumplió con la medición.

- Adicionalmente, con Oficio N° 3676-2012-GS-OSITRAN del 04 de setiembre del 2012, la Gerencia de Supervisión remite a DPWC, el informe N° 2152-2012-GS-OSITRAN referido a la evaluación de los Niveles y Productividad del Octavo Trimestre de explotación (Sexto Trimestre de medición), estableciendo los indicadores no cumplidos y una penalidad de S/. 665 614,00, correspondiendo la medición de "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía" la penalidad de S/. 665 413,25 por 36 461 veces que incumplió con la medición.

Al respecto, mediante carta N° GP-DPWC 179-12 del 20-09-12, DPWC impugnó la octava evaluación mencionada, la cual fue resuelta por la Gerencia General¹.

- Con fecha 23 de Octubre del 2012, DPWC solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN, iniciar el procedimiento de interpretación del Anexo 3 del Contrato de Concesión relacionado al indicador referido al "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía".
- Como parte del procedimiento, mediante Oficio N° 4924-12 GS-OSITRAN de fecha 27 de noviembre del 2012, se corrió traslado de dicha solicitud a la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, a efectos que emita opinión.
- Al no recibir respuesta, mediante oficio N° 5263-12-GS-OSITRAN de fecha 21 de diciembre del 2012 se reiteró a la Dirección General de Concesiones en Transportes con copia a la Autoridad Portuaria Nacional -APN, para que remitiesen la opinión solicitada.
- Con fecha 31 de enero del 2013, mediante Oficio N° 164-2013-MTC/25, la Dirección General de Concesiones en Transportes remitió el Oficio N° 080-2012-APN/GG y el Informe Técnico Legal N° 061-2012-APN/DOMA/UJ de la Autoridad Portuaria Nacional, a través de la que dicha entidad emite su opinión técnica.
- Con dichos antecedentes, se procede a elaborar el presente Informe Técnico Legal para consideración del Consejo Directivo.

¹ Cabe señalar que, en todas las evaluaciones trimestrales, DPWC, ha presentado observaciones e impugnaciones a las mediciones efectuadas, dentro de ellas al indicador referido al "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su Mercancía".

En ese sentido, la Gerencia General en respuesta a las impugnaciones presentadas, se ha pronunciado como última instancia, confirmando los informes emitidos por la Gerencia de Supervisión. Los Oficios de pronunciamiento de la Gerencia General a las impugnaciones son los siguientes: N° 263-2012 del 23.08.12, N° 265-2012 del 23.08.12, N° 267-2012 del 27.08.12, N° 269-2012 del 27.08.12, N° 271-2012 del 27.08.12 y N° 297-12-GG-OSITRAN del 09.10.12.





I. DE LA COMPETENCIA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

16. El artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece lo siguiente:

"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.

(...)"

17. Adicionalmente, el inciso d) del artículo 53 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, señala lo siguiente:

"Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación...."

18. De este modo, es competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN, efectuar la interpretación de los Contratos de Concesión, competencia que además se ejerce con la finalidad de aclarar las cláusulas de Contrato de Concesión que no fueran lo suficientemente claras y por tanto, su aplicación no sea posible, tal y como se establece en el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, a través del cual se aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" en cuyo ítem 6.1. se establece:

"6.1 Interpretaciones

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).

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. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

Pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.

(...)"





- 19. De este modo, la interpretación de lo dispuesto en contratos de concesión en infraestructura de transporte público, como es el caso en particular, es competencia del Consejo Directivo de OSITRAN, misma que se ejerce a través de un procedimiento específico, mismo que se inicia respecto de aquellos casos en los que, debido a la falta de claridad del texto del contrato, no es posible su aplicación.
- 20. En el presente caso, con fecha 23 de Octubre del 2012, DPWC ha solicitado al Consejo Directivo de OSITRAN, iniciar el procedimiento de interpretación del Anexo 3 del Contrato de Concesión relacionado al indicador referido al "Tiempo de Atención al Usuario para el retiro de su mercancía", lo cual se encuentra comprendido en las facultades descritas en el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, antes mencionado.

II. DE LA SOLICITUD DE LA EMPRESA CONCESIONARIA

- 21. A través de su escrito de fecha 23 de octubre del 2012, DPWC solicita se interprete el Anexo 3 del Contrato de Concesión en lo referente al indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía", a efectos que sea considerado conforme a lo siguiente:

- 1) Que únicamente deben ser evaluadas o medidas las operaciones de importación.
- 2) Que el tiempo de atención al usuario de cada operación para el retiro de la mercadería de importación es de 45 minutos y no de 30.
- 3) Que no deben considerarse para la medición las operaciones de importación cuyos clientes cuenten con crédito aplicable al pago de los servicios recibidos y aquellas cuyo despacho aduanero sea realizado en los terminales extraportuarios.

- 22. Asimismo, DPWC solicita que, en tanto se resuelva su solicitud de interpretación, se disponga la suspensión de los procedimientos de aplicación de penalidades por parte de OSITRAN, originados en el ejercicio de sus actividades de supervisión y/o fiscalización del cumplimiento de los niveles de servicio, con el fin de evitar pronunciamientos contradictorios en el supuesto en que obtuviese, con su solicitud de interpretación, un resultado favorable a sus intereses.

- 23. A efectos de pronunciarnos por cada uno de los argumentos antes señalados, corresponde analizar el alcance del Indicador que es objeto de la solicitud de interpretación.

A. Del indicador "Tiempo de Atención al Usuario para el Retiro de su Mercancía"

- 24. Conforme lo dispuesto en la Cláusula 8.3 del Contrato de Concesión, corresponde a OSITRAN efectuar la supervisión del cumplimiento de la Concesionaria de la prestación de servicios a los usuarios de acuerdo a los niveles fijados en el Anexo 3 del contrato.

- 25. En el caso en particular, del Ítem "Tiempo de Atención al Usuario para el Retiro de su Mercancía" del Anexo 3 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:





"Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercancía: *En los últimos dos (2) trimestres del primer año de explotación no más de treinta (30) minutos como promedio, computados entre la hora que el Usuario solicite el retiro de su mercancía dentro de los límites horarios establecidos en su "permiso de salida" que se le expedirá luego del pago de los servicios recibidos y derechos aduaneros y la hora en que el contenedor salga del Terminal y viceversa para el caso de exportaciones. Transcurridos los primeros doce (12) meses desde el inicio de la Explotación, el terminal deberá entregar la mercancía al usuario dentro de un plazo promedio no mayor de veinte (20) minutos. La duración de cada operación individual no podrá ser mayor de cuarenta y cinco (45) minutos y treinta (30) minutos, respectivamente." (el subrayado es nuestro)*

B. De la supuesta exclusión de las operaciones de exportación en el indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía"

26. DPWC solicita en su escrito, que se considere que el indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía", únicamente se encuentra referido a las evaluaciones de las operaciones de importación, excluyendo las operaciones de exportación.

27. Al respecto, de la simple lectura del texto correspondiente del indicador, se advierte que éste hace referencia a las operaciones de importación y exportación. Si bien, en el primer caso es más detallado en describir el procedimiento de retiro de la mercancía, en la parte final utiliza el término "viceversa" para evitar detallar el procedimiento de retiro de la mercancía respecto a la exportación. En ese sentido, el término "viceversa" fue ser definido como "Cosa, dicho o acción al revés de lo que lógicamente debe ser o suceder"², lo que aplicado al presente supuesto, es un indicativo de un procedimiento al revés que también es sujeto de medición.

28. Por consiguiente, el indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía" incluye el tiempo de atención tanto para las operaciones de importación como para las operaciones de exportación, no siendo posible incurrir en una interpretación contraria o distinta a lo expresamente establecido.

C. Del tiempo máximo de cada operación individual

29. La Concesionaria señala que las operaciones individuales, cuyo límite de tiempo se señala en el Anexo 3, se encuentran referidas a las operaciones de importación y exportación, y no al tiempo de explotación de la concesión.

30. Al respecto, es necesario indicar que el Anexo 3 establece que el indicador "tiempo", en función del cual será medido el cumplimiento de estos niveles de servicio y productividad, no debe exceder un límite máximo, siendo el exceso de dicho límite materia de penalidad.

² Conforme a lo señalado por la Real Academia de la Lengua Española, cuyo Diccionario Virtual fue consultado el 02.05.2013 en la dirección: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=viceversa>





- 31. Así pues, para la medición de atención al usuario de cada operación individual para el retiro de su mercancía, el indicador precisa que: **"Transcurridos los primeros doce (12) meses desde el inicio de la Explotación, el Terminal deberá entregar la mercancía al Usuario dentro de un plazo promedio no mayor de veinte (20) minutos. La duración de cada operación individual no podrá ser mayor de cuarenta y cinco (45) minutos y treinta (30) minutos, respectivamente."**
- 32. Dicho de otro modo, para los trimestres siguientes, el promedio trimestral no será mayor de 20 minutos y para la medición de la operación individual no mayor a 45 minutos los dos últimos trimestres del primer año y a los trimestres siguientes no mayor a 30 minutos.
- 33. Como puede apreciarse, el contrato establece que el tiempo máximo, cuyo exceso constituye un incumplimiento, variará en función del tiempo de explotación de la concesión, de la siguiente forma:

Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía		
Periodo de la explotación	Promedio trimestral	Operación individual
Desde el 22.05.2010 hasta el 21.11.2010	No se establece	No se establece
Desde el 22.11.2010 hasta 22.05.2011	Máximo 30 Minutos	Máximo 45 minutos
Desde el 23.05.2011 en adelante	Máximo 20 Minutos	Máximo 30 minutos

- 34. Como puede advertirse de la lectura del indicador, el Contrato de Concesión, de forma gradual en función al tiempo que viene llevando a cabo la explotación hace más exigente el indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercadería".
- 35. En ese orden de ideas, la medición de 45 minutos para la entrega de la mercancía, está fijada para los últimos dos trimestres del primer año de explotación, dado que el párrafo completo del indicador "Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercancía" tiene dos etapas o momentos en la medición:
 - i) El de los 2 últimos trimestres del primer año de explotación referido a una medición por promedio trimestral de 30 minutos y 45 en la medición individual; y,
 - ii) El momento de las mediciones después de los doce meses que es de 20 minutos para la evaluación promedio trimestral y 30 minutos para la medición individual. Es por ello, que en la parte final del texto del indicador citado se utiliza el término **"respectivamente"**, en su redacción.
- 36. Ello no deja dudas respecto a que no se necesita interpretar dicho indicador.



**D. Sobre las operaciones de importación a través de crédito y despacho en el terminal extraportuario.**

37. El Concesionario considera que, en todos los casos, debe excluirse de la medición a aquellas operaciones que no han cumplido con el requisito de pago previo de los servicios, y no se considere las facilidades de crédito que voluntariamente otorga para la salida de la mercadería señalando lo siguiente:

"...estas operaciones de atención a Usuarios no pueden ser medidas y evaluadas bajo los criterios previstos en el Anexo 3. En tal sentido, dado que en estos casos en que el pago no se verifica antes que la mercancía es retirada de la Terminal, OSITRAN debe excluir de su análisis a todas aquellas operaciones que involucraron el otorgamiento de créditos para el pago de "los servicios y derechos aduaneros", así como aquellas que supusieron el retiro de mercancías a terminales extraportuarios."

38. Respecto a ello, es necesario señalar que el crédito que DPWC otorga representa un acuerdo tácito de pago y cuya facilidad, voluntaria y unilateral, es otorgada por el Concesionario. En ese sentido, la medición de este indicador se encuentra en función al tiempo de atención, el cual es independiente del crédito que es la obligación de pago diferida y aceptada como tal generando la autorización del permiso de salida.

39. Del mismo modo sucede para el caso aduanero, por lo que no se puede confundir un requisito previo de pago que corresponde controlar al propio Concesionario, con la medición de un indicador de productividad para determinar el tiempo de atención al cliente.³

40. Como se advierte, no existe ningún sustento legal o contractual que permita excluir las operaciones efectuadas con clientes con crédito frente a DPWC o cuyo despacho se realice fuera de las instalaciones del terminal, dado que el pago de los servicios como el permiso de salida, al representar una acción y un documento que se presentan previamente en la operación portuaria, no afectan ni dificultan en lo absoluto la medición del indicador contenido en el Anexo 3.

³ Concordante con ello, la Autoridad Portuaria Nacional, a través del Informe Técnico Legal N° 061-2012-APN/DOMA/UAJ señala lo siguiente:

"9. Como se puede observar el tiempo de atención al usuario se calcula entre la hora que el usuario solicite el retiro de la mercancía y la hora en que el contenedor sale del terminal. Estos dos momentos determinan el inicio y el término de la medición. Si bien el indicador hace referencia al permiso de salida y al pago de los servicios y derechos aduaneros, estos son documentos y acciones previas que se dan en el contexto de un procedimiento ordinario de importación de mercancía, los cuales no influyen en las actividades que son objeto de medición.

10. Es preciso señalar que el crédito es un medio de pago que otorga por decisión propia, el terminal o concesionario a los usuarios. En aquellos casos como los mencionados anteriormente, en los que el usuario no efectúa el pago de los servicios portuarios de manera previa, el concesionario otorga el "permiso de salida" o "cita" que permite al usuario determinar el horario en el que podrá solicitar el retiro de su mercadería y dar inicio, de esta manera, a la medición del indicador."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

41. Tal como lo señala la Autoridad Portuaria Nacional, en el Informe citado, "En ambos casos (operaciones sujetas a crédito y con despacho fuera del terminal), se presentan los supuestos de inicio y término de la medición, por lo que resulta técnicamente viable que se mida la productividad del terminal en las operaciones realizadas bajo esas condiciones."
42. Al no existir necesidad de interpretar el Anexo 3 del Contrato, corresponde desestimar la solicitud de interpretación del Anexo 3 planteada por la concesionaria, declarándola infundada.

POR LO EXPUESTO, sobre la base al análisis contenido en el Informe N° 024-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN; y de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004; y estando a lo acordado en la Sesión del Consejo Directivo de fecha 27 de mayo de 2013;

SE RESUELVE:



Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADA** la solicitud de interpretación formulada por la empresa DP World Callao S.R.L., a la medición del Nivel de Servicio y Productividad "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía", contenido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Callao – Zona Sur, sobre la base de los argumentos expuestos en la presente resolución.



Artículo 2°.- **NOTIFICAR** la presente Resolución y el Informe N° 024-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN a la empresa DP World Callao S.R.L.

Artículo 3°.- **DISPONER** la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).



Artículo 4°.- **DISPONER** que la Gerencia de Supervisión continúe con la tramitación de los procedimientos administrativos en el marco de su competencia, particularmente relacionados con el cumplimiento del indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía", contenido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Callao – Zona Sur, en el estado en que éstos se encuentren.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidenta del Consejo Directivo

Reg. Sal N° 14603 -2013