



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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



RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 038-2016-CD-OSITRAN

Lima, 14 de junio de 2016

VISTOS:

El Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), suscribió con la empresa DP World Callao S.A., hoy DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario o DPWC), el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión), para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura. Dicho contrato fue modificado mediante Adenda N° 01 suscrita con fecha 11 de marzo de 2010;

Que, mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjunta el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) indicó –entre otros– que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014, del mes de setiembre de 2014 el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenerizada, indicando que tanto DPWC como APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT) pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). En este sentido, APN solicitó que este Regulador se pronuncie respecto al alcance de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si el Concesionario sólo puede atender carga contenerizada, siendo la única excepción a dicha regla la atención de carga a granel sólida y líquida, para lo cual el Concesionario debe solicitar previamente la aprobación de APN;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN del 22 de abril de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur;

Que, dicha Resolución de Consejo Directivo fue remitida al Concesionario, el MTC, la APN y APMT, mediante Oficio Circular N° 022-2016-SCD-OSITRAN, notificado el 26 de abril de 2016, otorgándoles un plazo de diez (10) días hábiles para remitir su posición sobre el particular a OSITRAN;

Que, asimismo, la citada Resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 27 de abril de 2016, otorgando un plazo de diez (10) días hábiles al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional y cualquier otro interesado, para que remitan sus comentarios a OSITRAN, de considerarlo pertinente. Dicho plazo venció el 11 de abril de 2016;

Que, el día 2 de mayo de 2016, se llevó a cabo la Sesión N° 37 del Consejo de Usuarios de Puertos de Alcance Nacional. Al respecto, conforme a lo indicado en el Acta de dicha Sesión, el coordinador del



[Signature]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

citado Consejo de Usuarios, y los demás miembros manifestaron estar a favor de que haya competencia en el Terminal Portuario del Callao, y por ende, estarían acorde con la posición de DPWC;

Que, mediante Carta N° GLAC.DPWC.097.2016 recibida el 10 de mayo de 2016, DPWC informó a OSITRAN su posición en relación con el procedimiento de interpretación de oficio iniciado por OSITRAN y solicitó que se archive el procedimiento de interpretación argumentando que no existe ninguna incertidumbre sobre los términos del Contrato de Concesión, dado que, tanto las Partes, como OSITRAN y la APN han venido ejecutando el Contrato, permitiendo que se preste servicio a la carga rodante. Asimismo, solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN;

Que, mediante Carta N° 226-2016-APMTC/LEG, recibida el 10 de mayo de 2016, APMT señaló –entre otros- que las concesiones en el Puerto del Callao están dirigidas a desarrollar dos (02) terminales especializados en un tipo de carga y (un) 1 terminal multipropósito, destinado a la atención de todo tipo de carga, por lo que consideran que el único terminal que ha sido facultado para atender todo tipo de carga es el Terminal Norte Multipropósito del Callao;

Que, adicionalmente, se recibieron los siguientes comentarios por parte de los terceros interesados:

- a. Mediante correo electrónico del 10 de mayo de 2016, el Gerente de Operaciones de la empresa Transmeridian indicó que la competitividad es un aspecto fundamental en el negocio portuario y logístico, por lo que el usuario debería tener la posibilidad de tener más de una opción para un servicio, y en base a la competitividad poder elegir un proveedor.
- b. Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2016, el señor Cristian Calderón Rodríguez indicó que nada impide al Estado habilitar al Concesionario a fin de que pueda prestar como servicio estándar, el servicio de carga rodante.
- c. Mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2016, la Asociación Automotriz del Perú presentó su opinión, indicando encontrarse a favor de la posición de DPWC;

Que, mediante Oficio N° 368-2016-APN/GG-UAJ, recibido el 17 de mayo de 2016, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 024-2016-APN/DOMA-UAJ, donde se indica que existe ambigüedad u oscuridad en la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, señalando que desde el punto de vista operativo, DPWC podrá atender naves RO-RO (carga rodante) siempre que se cumplan las condiciones de seguridad, operacionales e infraestructura, debidamente autorizadas por la autoridad competente, debiendo gestionar los recursos necesarios para atender este tipo de carga, lo cual debe constar en su Reglamento Interno de Operaciones;

Que, mediante Oficio N° 1869-2016-MTC/25 notificado el 20 de mayo de 2016, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, remitió a OSITRAN el Informe N° 431-2016-MTC/25, el cual señala –entre otros- que existen dos posibles lecturas de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, siendo necesaria la interpretación de dicha cláusula;

Que, en sesión del Consejo Directivo realizada el día 1 de junio de 2017, DPWC hizo uso de la palabra, exponiendo los argumentos presentados en su escrito, indicando que al no existir ambigüedad u oscuridad en el sentido de la cláusula, OSITRAN debía proceder a disponer el archivamiento del procedimiento de interpretación;

Que, mediante Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN opinaron en relación a la interpretación de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, el cual concluye lo siguiente:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

1. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN del 22 de abril de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en tanto que se advierte que la cláusula 8.16 viene siendo entendida por las Partes, de dos maneras distintas:
 - (i) El Contrato de Concesión solo faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, siendo la única excepción a esta regla la prestación de servicios a carga a granel, siempre que para ello DPWC cuente previamente con autorización de la APN o que esta represente carga contenerizada; o
 - (ii) El Contrato de Concesión faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, pudiendo prestar adicionalmente servicios a cualquier otro tipo de carga; sin embargo, sólo para el caso de mercancías a granel, el Concesionario requiere autorización previa de la APN.
2. El ejercicio de la función administrativa de interpretar los contratos de concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público que tiene atribuida OSITRAN, que se deriva del ejercicio de la función de supervisión otorgada a este Regulador, no se encuentra supeditado a una solicitud de interpretación del Concesionario, así como tampoco del Concedente, lo cual se condice con el marco regulatorio vigente. El único órgano de OSITRAN que resulta competente para interpretar los Contratos de Concesión es el Consejo Directivo, el cual no ha tenido ningún pronunciamiento previo sobre el particular.
3. Aun cuando los servicios especiales son definidos de manera residual, la literalidad de las cláusulas del Contrato de Concesión, no permite determinar indubitablemente si DPWC puede prestar servicios especiales a carga distinta a la contenerizada, por lo que no cabe la interpretación literal del Contrato de Concesión, debiendo recurrirse a otros métodos de interpretación como el método histórico, el cual consiste en averiguar el sentido de una disposición contractual recurriendo al contenido que brindan sus antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas, y el método de interpretación finalista, el cual toma en consideración la función económico social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado, es decir, la naturaleza del Contrato. Ambos métodos se encuentran contemplados en los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión" aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004.
4. El propio Contrato de Concesión ha indicado en la cláusula 16.3, que en caso de divergencia en la interpretación del Contrato, se seguirá como orden de prelación para resolver dicha situación, el siguiente: (i) el Contrato, (ii) las Circulares a que se hace referencia en las Bases y (iii) las Bases. De esta manera, a fin de realizar la interpretación del Contrato de Concesión, se ha recurrido a los documentos del Concurso; quedando claro que el Regulador se encuentra habilitado contractualmente a que en caso el método literal no resulte suficiente para interpretar el Contrato, pueda recurrir al método histórico para ello, toda vez que este establece expresamente que resulta viable acudir a las Circulares y Bases del Concurso.
5. El Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por el Decreto Supremo 006-2005-MTC, vigente a la fecha de otorgamiento de la concesión, establecía que el nuevo terminal iba a ser



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTES DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

uno especializado en contenedores, pero ello no implica que su operación se restringía normativamente a la carga contenerizada. Así, de acuerdo a la clasificación de la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943 un puerto especializado opera principalmente respecto de su área de especialización, pero no se restringe a dicha área.

6. De la revisión del Libro Blanco, así como de la lectura de las comunicaciones cursadas por OSITRAN y PROINVERSIÓN, se aprecia que la perspectiva del Estado, durante el proceso licitatorio, era una bajo la cual la concesión no se restringía a carga contenerizada, sino que la misma incluye la posibilidad de prestar servicios respecto de otros tipos de carga. En los documentos citados se menciona expresamente a la carga fraccionada como Servicio Especial, y la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión también trata como Servicio Especial a la carga a granel (previa autorización de APN).
7. La voluntad del Estado al incluir la cláusula 8.16 en el Contrato de Concesión, no implicó una perspectiva restrictiva, sino más bien una que entendía que el concesionario podía prestar servicios a tipos de carga distinta a la contenerizada, con la precisión de que si se trataba de carga a granel sólida o líquida era requisito contar con la autorización expresa de la APN.
8. El Concesionario ha señalado que, al iniciarse un proceso de interpretación se están desconociendo los actos que el propio Organismo Regulador a través de sus Gerencias ha emitido. Así, indica que mediante Oficio N° 274-10-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN señaló que resultaba posible prestar servicios especiales a carga no contenerizada, no habiendo sido necesario en dicha oportunidad realizar ninguna interpretación al Contrato del Contrato de Concesión, por lo que su aplicación debe ser directa. Sobre el particular, es importante tener en consideración que, el único órgano de OSITRAN que resulta competente para efectuar una interpretación de los contratos de concesión o definir que la misma resulta improcedente es el Consejo Directivo, el cual no ha emitido ningún pronunciamiento previo sobre los alcances de la cláusula 8.16 del referido Contrato.
9. Si bien tanto las Partes, así como OSITRAN y la APN, han venido ejecutando correctamente el Contrato, considerando que en el mismo no se limita a la prestación de servicios a la carga contenerizada, pues el Concesionario puede también brindar servicios a otro tipo de carga, se aprecia también que dicha conducta no ha impedido que a la fecha, la APN y el Concedente (en su calidad de Parte) hayan mostrado dudas respecto de los alcances de la cláusula 8.16, lo cual genera la necesidad de que este Organismo Regulador, a través de su Consejo Directivo, el cual es el único competente para interpretar los contratos de concesión, emita su pronunciamiento, a efectos de tener una posición unívoca y definitiva del mismo.
10. De la lectura del Contrato de Concesión, las Circulares y las Bases, se interpreta que el Concesionario puede prestar Servicios Especiales a carga distinta a la contenerizada. En este sentido, no existe contradicción alguna en los pronunciamientos emitidos por OSITRAN, ni en los actos administrativos anteriormente aprobados por este Organismo Regulador, siendo que la actuación de OSITRAN está conforme a los principios de Buena Fe, seguridad jurídica y predictibilidad;
11. Se adjunta el Informe elaborado por el estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", como parte integrante de la presente opinión, en el Anexo 1.



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



Que, luego de evaluar y deliberar respecto al tema materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión de fecha 14 de junio de 2016;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en los términos siguientes:

“El Concesionario puede prestar Servicios Especiales a carga distinta a la contenerizada. El Concesionario no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada”.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a DP WORLD CALLAO S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a la Autoridad Portuaria Nacional, al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional y a APM Terminals S.A.C, en su condición de terceros interesados.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Artículo 5°.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
 Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 21668



INFORME N° 023-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

De : **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

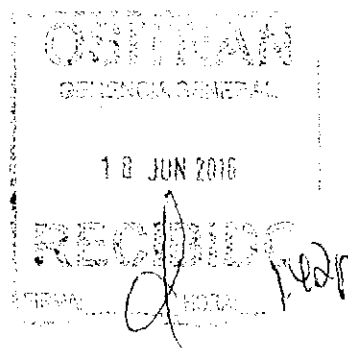
FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Referencia : Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ

Fecha : 10 de junio de 2016



I. OBJETO

1. Emitir opinión en el marco del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, a efectos de determinar el tipo de carga que puede ser atendida por el Concesionario.

I. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), suscribió con la empresa DP World Callao S.A., hoy DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario o DPWC), el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión), para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura. Dicho contrato fue modificado mediante Adenda N° 01 suscrita con fecha 11 de marzo de 2010.
3. Mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjunta el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) indicó –entre otros argumentos– que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014, del mes de setiembre de 2014 el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenerizada, bajo el argumento de que tanto DPWC como APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT) pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). En este sentido, APN solicitó que este



Regulador se pronuncie respecto al alcance de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si el Concesionario sólo puede atender carga contenerizada, ya que en la opinión de la APN, la única excepción a dicha regla, es la atención de carga a granel sólida y líquida, para lo cual el Concesionario debe solicitar previamente la aprobación de APN.

4. Con fecha 07 de abril de 2016, la Gerencia de Asesoría Jurídica recibió el Informe final de la consultoría contratada con el estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", por la cual se solicitó que se analice si DPWC puede atender carga distinta a la contenerizada (rodante, fraccionada) en el Terminal de Contenedores – Zona Sur, conforme al Contrato de Concesión. El referido informe se encuentra adjunto a la presente opinión.
5. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN del 22 de abril de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.



6. Dicha Resolución de Consejo Directivo fue remitida al Concesionario, el MTC, la APN y APMT, mediante Oficio Circular N° 022-2016-SCD-OSITRAN, notificado el 26 de abril de 2016, otorgándoles un plazo de diez (10) días hábiles para remitir su posición sobre el particular a OSITRAN.

7. Asimismo, la citada Resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 27 de abril de 2016, otorgando un plazo de diez (10) días hábiles al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional y cualquier otro interesado, para que remitan sus comentarios a OSITRAN, de considerarlo pertinente. Dicho plazo venció el 11 de abril de 2016.



8. El día 2 de mayo de 2016, se llevó a cabo la Sesión N° 37 del Consejo de Usuarios de Puertos de Alcance Nacional. Al respecto, conforme a lo indicado en el Acta de dicha Sesión, el coordinador del citado Consejo de Usuarios, y los demás miembros manifestaron estar a favor de que haya competencia en el Terminal Portuario del Callao, y por ende, estarían acorde con la posición de DPWC.

9. Mediante Oficio N° 1717-2016-MTC/25 recibido el 10 de mayo de 2016, el MTC solicitó que se le otorgue una ampliación de plazo a efectos de presentar su posición a OSITRAN, la misma que fue otorgada mediante Oficio N° 022-16-SCD-OSITRAN del 11 de mayo de 2016, otorgándosele cinco (05) días hábiles adicionales.



10. Mediante Carta N° GLAC.DPWC.097.2016 recibida el 10 de mayo de 2016, DPWC informó a OSITRAN su posición en relación con el procedimiento de interpretación de oficio iniciado por OSITRAN, solicitando que se archive el mismo bajo el argumento que no existe ninguna incertidumbre sobre los términos del Contrato de Concesión, dado que tanto las Partes, como OSITRAN y la APN han venido ejecutando el Contrato, permitiendo que se preste servicio a la carga rodante. Asimismo, solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

11. Mediante Carta N° 226-2016-APMTC/LEG, recibida el 10 de mayo de 2016, APMT señaló que las concesiones en el Puerto del Callao están dirigidas a desarrollar dos (02) terminales especializados en un tipo de carga y (un) 1 terminal multipropósito, destinado a la atención



de todo tipo de carga, por lo que consideran que el único terminal que ha sido facultado para atender todo tipo de carga es el Terminal Norte Multipropósito del Callao. Asimismo, indica que, de acogerse la posición de DPWC, se podrían ver afectadas las condiciones económicas consideradas por el Contrato de Concesión de APMT.

12. En relación con los comentarios por parte de los terceros interesados, se recibieron las siguientes comunicaciones:

- a. Mediante correo electrónico del 10 de mayo de 2016, la empresa Transmeridian indicó que la competitividad es un aspecto fundamental en el negocio portuario y logístico, por lo que el usuario debería tener la posibilidad de tener más de una opción para un servicio, y en base a la competitividad poder elegir un proveedor.
- b. Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2016, el señor Cristian Calderón Rodríguez indicó que nada impide al Estado habilitar al Concesionario a fin de que pueda prestar como servicio estándar, a la carga rodante.
- c. Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2016, se recibieron los comentarios de la Sra. Nelly Gamarra, Asesora Legal de la Asociación Automotriz del Perú; sin embargo, mediante correo electrónico del 12 de mayo de 2016, dicha institución solicitó que su comunicación previa se deje sin efecto. Luego de vencido el plazo, otorgado para la remisión de comentarios por la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN, mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2016, la Asociación Automotriz del Perú presentó su opinión, indicando encontrarse a favor de la posición de DPWC.



13. Mediante Oficio N° 368-2016-APN/GG-UAJ, recibido el 17 de mayo de 2016, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 024-2016-APN/DOMA-UAJ, donde se indica que existe ambigüedad u oscuridad en la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, señalando que desde el punto de vista operativo, DPWC podrá atender naves RO-RO siempre que se cumplan las condiciones de seguridad, operacionales e infraestructura debidamente autorizadas por la autoridad competente, debiendo gestionar los recursos necesarios para atender este tipo de carga, lo cual debe constar en su Reglamento Interno de Operaciones.



14. Mediante Oficio N° 1869-2016-MTC/25 notificado el 20 de mayo de 2016, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, remitió a OSITRAN el Informe N° 431-2016-MTC/25, el cual señala –entre otros aspectos- que corresponde interpretar la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, indicando cuales son los conceptos que deben encontrarse comprendidos en los servicios especiales.



15. En sesión del Consejo Directivo realizada el día 1 de junio de 2017, DPWC hizo uso de la palabra para exponer los argumentos presentados en su escrito, indicando que al no existir ambigüedad u oscuridad en el sentido de la cláusula, OSITRAN debía proceder a disponer el archivamiento del procedimiento de interpretación.

II. ANÁLISIS

16. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:

- A. La función de OSITRAN de interpretar los Contratos de Concesión.
- B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.



- C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión.
- D. Distintas lecturas respecto de los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión anteriores al inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
- E. Razones que justificaron el inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
- F. La postura del Concedente luego del inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
- G. La postura del Concesionario luego del inicio del procedimiento de interpretación de oficio.
- H. La postura de los Terceros Interesados.
- I. Evaluación de las estipulaciones contractuales.
 - 1.1. Cuestión Previa: El alcance de la competencia de OSITRAN para interpretar los Contratos de Concesión.
 - 1.2. De lo señalado en el Contrato de Concesión.
 - 1.3. Posibilidad de que un puerto especializado pueda brindar servicios a cargas distintas a su especialidad.
 - 1.4. Los documentos del Libro Blanco relacionados con la cláusula 8.16 y con el tipo de carga considerado en el Contrato de Concesión.
 - 1.5. La ejecución del Contrato de Concesión.



A. La función de OSITRAN de interpretar Contratos de Concesión

- 17. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- 18. En efecto, el marco normativo regulatorio, que es de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión de infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga al Concesionario el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.
- 19. De otro lado, el artículo 29² del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases



¹ Ley N° 26917

Artículo 7º.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)

² REGO de OSITRAN:

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.



de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

20. En esa línea normativa, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar de oficio o a pedido de parte el Contrato de Concesión, tal como lo establece el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917.

B. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual

21. Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión" (en adelante, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los Contratos de Concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.

22. De acuerdo con lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado de una o más cláusulas ambiguas u oscuras del Contrato de Concesión que no sean claras. Así, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación.



23. De este modo, acorde con la normatividad vigente, los Lineamientos establecen que OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni emplear su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que quiso decir la cláusula objeto de interpretación, es decir, cuál es el espíritu de lo pactado -ratio legis-; (iii) el sistemático, que implica atribuirle sentido al texto contractual, por comparación con otras cláusulas, ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente vinculadas, buscando detectar la intención del promotor de la inversión privada.



24. Asimismo, se señala que en caso un aspecto comprendido dentro del ámbito del contrato de concesión no haya sido definido por éste, OSITRAN aplicará supletoriamente el marco regulatorio vigente. Si el marco regulatorio presentara un vacío normativo respecto del tema materia de análisis, OSITRAN aplicará la analogía, la cual podrá utilizarse siempre que no hubiese una previsión contractual, ni una norma aplicable supletoriamente. No obstante, en ningún caso se podrá crear una obligación no contenida ni comprendida dentro del ámbito del Contrato de Concesión.



25. De otro lado, además de lo establecido en las reglas de interpretación dispuestas por el Consejo Directivo, se debe tener presente la naturaleza particular y relativamente compleja de los Contratos de Concesión, ya que éstos ayudan a generar confianza en los inversionistas, dado que el Estado asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y no reclama, salvo excepciones, poderes o facultades especiales. Dado que existe en la legislación vigente una



serie de reglas aplicables a los contratos en general, lo recomendable es que se utilicen estas reglas de interpretación, de manera conjunta o complementaria con los lineamientos antes comentados, sin perder de vista que nos encontramos ante un Contrato de Concesión en el que se encuentra inmerso el interés público.

26. En atención a lo expuesto, como regla general y salvo que el contrato establezca excepción sobre el particular, las normas sobre interpretación del acto jurídico previstas en los Artículos 168º a 170º del Código Civil³ son aplicables, conjuntamente con los principios y

³ Los principios y criterios de interpretación contractual son los siguientes:

La interpretación literal

El punto de partida de cualquier interpretación es el texto mismo del contrato (Artículo 168º del Código Civil). Las partes encuentran seguridad en el texto conocido del contrato y por ello ese texto literal se caracteriza por: (i) ser el punto de partida del proceso interpretativo; y, (ii) enmarcar la interpretación dentro de los parámetros de lo señalado en el contrato. Ninguna interpretación puede contradecir el texto expreso y claro.

Esta regla ha sido recogida por el artículo 1361º del mismo cuerpo legal que regula los contratos en general, y establece que lo expresado en los contratos es de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, el legislador ha optado por el criterio objetivista como principal regla para interpretar los contratos, sin perjuicio de las excepciones que se presente en cada caso concreto. Para tal efecto, el segundo párrafo del artículo antes descrito, prevé que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (presunción iuris tantum).

La buena fe objetiva

La buena fe no es sólo un criterio de interpretación que recoge el artículo 168º del Código Civil, sino que constituye un Principio General del Derecho, y que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes debe regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. En ese sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores. Siendo este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168º del Código Civil).

Como puede advertirse, la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común.

De otro lado, inmerso dentro de este principio se puede encuadrar el de conservación del acto, según el cual las Cláusulas deben ser entendidas de tal manera que tengan efectos. Una interpretación según la cual una Cláusula no puede ser aplicada porque no tiene ningún efecto debe descartarse. En otras palabras, entre dos posibles interpretaciones, una que mantiene los efectos del contrato y otra que lo deja sin efecto, debe preferirse siempre aquella que favorezca su vigencia. Asimismo, este principio hace referencia a que entre dos interpretaciones, se tiene que preferir aquella que implique que la Cláusula tenga una aplicación práctica, que sea útil.

La interpretación sistemática: el contrato como unidad

La interpretación sistemática (Artículo 169º del Código Civil), supone entender el contrato como una unidad y comprender que las Cláusulas se interrelacionan entre sí. Como hemos señalado, se busca entonces que la labor del intérprete considere que la interpretación de una Cláusula Contractual debe tener en cuenta que ésta se encuentra relacionada con otras con las cuales, como conjunto, conforma un todo que debe ser consistente. El intérprete debe, en ese sentido preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que da consistencia al todo. Dada la forma como se celebra el Contrato de Concesión, el contrato es algo más que las Cláusulas en el contenido. Documentos como las bases, las circulares, la absolución de consultas, los términos de referencia o anexos técnicos son parte del contrato y deben seguir este principio de interpretación sistemática. Pero si surgen contradicciones entre el texto de distintos documentos, debemos tener reglas para resolver qué documentos priman sobre otros. Más adelante se incluyen las reglas establecidas en el Contrato de Concesión materia de análisis, para priorizar documentos al momento de interpretarlo.

Método de interpretación histórico o global: Consiste en averiguar el contenido de una disposición contractual, recurriendo al contenido que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas. Si bien no se deja de lado el contenido del texto, busca identificar el verdadero contenido y los verdaderos alcances de lo que han declarado los contratantes, a través de la valoración de su comportamiento.

Método de interpretación finalista o teleológico: Se debe tomar en consideración la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato. No obstante ello, la interpretación finalista no puede desentenderse de los resultados prácticos o empíricos propuestos por las partes contratantes en cuanto razón de ser de su concreto contrato. Por esto, además de la función económico-social que la regulación legal asigna al tipo, habrá de ser valorada la causa concreta que tenía para las partes el contrato



criterios establecidos en los Lineamientos aprobados por OSITRAN, además de los criterios de interpretación que establezca el Contrato de Concesión.

C. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión

27. En el caso que nos aborda, las cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión establecen los siguientes criterios para resolver divergencias de las partes en la interpretación del Contrato:

"16.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

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

16.4 El Contrato se suscribe únicamente en idioma castellano. De existir cualquier diferencia entre cualquier traducción del Contrato y éste, prevalecerá el texto del Contrato en castellano. Las traducciones de este Contrato no se considerarán para efectos de su interpretación.

16.5 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.

16.6 Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.

16.7 El uso de la disyunción "o" en una enumeración deberá entenderse que comprende exclusivamente a alguno de los elementos de tal enumeración.

16.8 El uso de la conjunción "y" en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.

16.9 Todas 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."

D. Distintas lecturas respecto de los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión anteriores al inicio del procedimiento de interpretación de oficio

28. Mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjuntó el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la APN indicó –entre otros argumentos– que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014 de setiembre de 2014 el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenerizada, argumentando que tanto DPWC como APMT pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, fraccionada y en contenedores). Adicionalmente, el Concesionario señaló lo siguiente:

"(...) En tal sentido, considerando que en el Puerto del Callao existen dos operadores **que son competidores directos en la prestación de los servicios portuarios prestados a las naves y a las cargas que arriban al Callao** (salvo para la atención de graneles sólidos y líquidos



para los cuales DPWC requiere autorización expresa de la Autoridad Portuaria Nacional) tanto DPWC como APMT pueden atender a los mismos tipos de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). (...)"

29. De esta manera, la APN puso en conocimiento del Regulador su análisis efectuado respecto a la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, a través del Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA/UAJ, en el que, sobre la base de la literalidad de la cláusula, así como de las Circulares 4, 6, 10, 12, 13 y 18 que forman parte de las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión (Libro Blanco de la Concesión), concluyó lo siguiente:

- i) El Contrato de Concesión establece que en el Terminal Sur únicamente se atenderá carga contenerizada, estableciéndose como única excepción el caso de graneles sólidos y líquidos, con expresa autorización de la APN, sin considerar que se pueda movilizar otro tipo de cargas;
- ii) De la revisión de las Bases del Concurso de Proyectos Integrales y el Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2005-MTC, vigente al momento de la adjudicación, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario vigente, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2012-MTC, no le correspondería al Concesionario mover algún tipo de carga diferente a la carga contenerizada, estableciéndose como única excepción el caso de graneles sólidos y líquidos, con expresa autorización de APN.

30. Asimismo, tal como fue reconocido por la APN en el citado Informe, el Concesionario tenía una posición contraria a la remitida por la APN en dicha oportunidad. En efecto, según DPWC, el Contrato de Concesión no limita los servicios que puede brindar a carga contenerizada únicamente, sino que puede prestar servicios a otros tipos de carga, requiriendo autorización de APN sólo en el caso de la carga a granel.

E. Razones que justificaron el inicio del procedimiento de interpretación de oficio

31. En el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se indicó que, según el texto de la cláusula 8.15⁴ del Contrato de Concesión, la prestación de Servicios Especiales es facultativa del Concesionario, no pudiendo estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Asimismo, la cláusula 8.16⁵ establece que la movilización de graneles sólidos o líquidos es considerada en el Contrato de Concesión como un Servicio Especial, siempre que exista expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada.

32. No obstante ello, el referido Informe también indicó que la cláusula 8.16 viene siendo entendida de dos maneras distintas tanto por la APN como por el Concesionario:

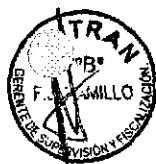
⁴ 8.15. Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, el CONCESIONARIO está facultado a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Por los Servicios Especiales prestados, el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio.

⁵ 8.16. El CONCESIONARIO no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada.



- (i) El Contrato de Concesión solo faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, siendo la única excepción a esta regla la prestación de servicios a carga a granel, siempre que para ello DPWC cuente previamente con autorización de la APN o que esta represente carga contenerizada; o
- (ii) El Contrato de Concesión no solo faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, pudiendo prestar adicionalmente servicios a cualquier otro tipo de carga; sin embargo, para el caso de mercancías a granel el Concesionario requiere autorización previa de la APN.

33. Siendo ello así, de conformidad con los antecedentes reseñados, al existir dos lecturas distintas, el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN concluyó que era claro que existe ambigüedad para las partes respecto de los alcances de la cláusula 8.16, impidiendo con ello su correcta aplicación acorde con la real voluntad que éstas expresaron al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, por lo que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN del 22 de abril de 2016, que hace suyo el citado Informe, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.



34. Asimismo, dicha Resolución y sus adjuntos, fueron notificados al Concesionario, el MTC, la APN y APMT, estos últimos en su calidad de terceros interesados, para que en un plazo de diez (10) días hábiles remitan su posición sobre el particular a OSITRAN. Asimismo, la citada Resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 27 de abril de 2016, para que en un plazo de diez (10) días hábiles al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional y cualquier otro interesado, puedan remitir sus comentarios a OSITRAN, de considerarlo pertinente.

F. La postura del Concedente luego del inicio del procedimiento de interpretación de oficio

35. Mediante Oficio N° 1869-2016-MTC/25 notificado a OSITRAN el 20 de mayo de 2016, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC (en adelante, DGCT), remitió el Informe N° 431-2016-MTC/25, el cual establece que, en su opinión, la cláusula 8.16 podría tener dos posibles interpretaciones⁶, por lo que del análisis realizado concluye lo siguiente:

- a. Corresponde, de acuerdo con el marco contractual y regulatorio, que el OSITRAN sea quien realice la interpretación de los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, conforme a su función de interpretación contractual.
- b. El proceso de concesión del Muelle Sur estuvo destinado fundamentalmente a otorgar en concesión un terminal especializado en carga contenerizada, lo que se aprecia de su articulado en general y en los Niveles de Servicio y Productividad considerados en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.
- c. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las Bases y Circulares del Concurso no señalan en forma expresa que en el Muelle Sur sólo se atenderá carga contenerizada y más bien, no permite que pueda atenderse graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN o que estos representen carga contenerizada.



⁶ Cabe indicar que estas dos lecturas advertidas por el Concedente, son las mismas que las identificadas por el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante la Resolución N° 021-2016-CD-OSITRAN.



- d. El Contrato de Concesión reconoce al Concesionario el derecho a la Ejecución y/o Prestación Exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur, al calificar dicha infraestructura portuaria como nueva.
- e. El Contrato de Concesión señala que los Servicios Especiales pueden ser brindados adicionalmente por el Concesionario a todos los Usuarios que los soliciten, teniendo el derecho de cobrar un Precio.
- f. La cláusula 8.16 del Contrato de Concesión materia de interpretación de oficio por parte del Regulador, está ubicada en la Sección VIII referida a Explotación de la Concesión, dentro de los Alcances del Servicio y específicamente en lo referido a Servicios Especiales.
- g. La referida cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, contiene una prohibición expresa al Concesionario para la atención a graneles sólidos y líquidos, salvo las excepciones antes señaladas.
- h. En opinión de la DGCT, la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión debe interpretarse en el sentido que:

"Los Servicios Especiales que pueden ser brindados por el Concesionario comprenden:

- a) *A todos aquellos servicios distintos a los Servicios Estándar y aquellos servicios contenidos en los Servicios Estándar que de manera separada o parcial pueden brindarse, cuya prestación se encuentra supeditada a:*
 - *las condiciones técnicas actuales y futuras de la infraestructura y equipamiento del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur que hagan factible en términos operativos y de seguridad la prestación de estos; y*
 - *a una solicitud, de parte, de los Usuarios.*
- b) *A los servicios asociados con la movilización de carga de granel sólida y líquida de cumplir las condiciones en a), y siempre que estos cuenten con una autorización expresa de la APN o cuando esta carga represente carga contenerizada, es decir: cuando sea movilizad a través de contenedores.*

Asimismo, los Servicios Especiales que cumplan con las características señaladas en a) y b) y que no se encuentren directa o indirectamente relacionados con la movilización de contenedores, no constituyen servicios que cumplan con el fin portuario principal del Muelle Sur según la LSPN, por lo que la atención de estos, de alguna manera, debe encontrarse subordinada a la atención de los servicios que directa o indirectamente están relacionados con la movilización de contenedores (fin portuario principal del Muelle Sur)."

G. La postura del Concesionario luego del inicio del procedimiento de interpretación de oficio

- 36. Mediante Carta N° GLAC.DPWC.097.2016 notificada el 10 de mayo de 2016, el Concesionario remitió su posición a OSITRAN, solicitando que se declare el archivo del procedimiento de interpretación de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, en tanto que considera que en el presente caso, las partes no enfrentan ningún tipo de incertidumbre y que desde hace seis años, tanto OSITRAN como la APN vienen reconociendo expresamente que la atención a la carga rodante y carga fraccionada como parte de los Servicios Especiales que presta el Concesionario no contraviene el Contrato de Concesión.
- 37. Entre los argumentos utilizados para defender su posición, el Concesionario señala, en primer lugar, que son las partes las llamadas a determinar qué fue lo que pactaron y cómo



debe interpretarse. Y, en caso las partes no estén de acuerdo con una determinada disposición contractual, tal divergencia debe ser solucionada mediante arbitraje.

38. En este sentido, indica que la interpretación de las partes o de un Tribunal Arbitral es la que prevalece al ejecutar el Contrato de Concesión, indicando que OSITRAN está obligado a desarrollar sus funciones a partir de la interpretación que las partes efectúen. Al respecto, indica lo siguiente:

"(...)

3. El artículo 1362 del Código Civil establece que "los contratos deben negociarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las Partes". La norma citada recoge un criterio supremo de interpretación contractual, dirigido a determinar cuál es la intención que las partes tuvieron al pactar obligaciones y derechos en un contrato. Como es evidente, este criterio de interpretación se rige por lo que las partes acordaron al celebrar el contrato. Así, son ellas y no terceros los llamados a determinar, en primer lugar, qué fue lo que pactaron y como debe interpretarse el contrato.
4. Al respecto, ROPPO señala que: "la interpretación del contrato es materia disponible para las partes: ellas pueden concordar en que la cláusula de su contrato debe interpretarse según un determinado significado (...)", dejando en claro que es a las partes a las que le corresponde dar sentido a las disposiciones contractuales a efectos de reflejar cuál fue su intención al momento de suscribir el contrato.
5. La cláusula 16.11 del Contrato de Concesión establece:

Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión con excepción de lo referente al régimen aplicable las Tarifas reguladas por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

(Subrayado agregado)

39. A lo anterior, el Concesionario añade que, si bien la función interpretativa ha sido asignada al Regulador mediante Ley N° 26917, la misma no puede ser aplicada arbitrariamente, procediendo cuando exista "ambigüedad u oscuridad" en el Contrato de Concesión, y se necesite "aclarar su sentido para posibilitar su correcta ejecución", no siendo aplicable cuando el texto es claro y su aplicación posible. DPWC señala que: "La interpretación efectuada por OSITRAN, por el contrario, es un acto intelectual que sirve únicamente como medio para la ejecución de sus funciones cuando no existe claridad en el texto y de ninguna manera puede considerarse como acto de fijación del contenido de los contratos de concesión ni oponible a las partes en caso éstas hubieran interpretado el contrato en un sentido distinto." De esta manera, indica que si la interpretación de OSITRAN difiere de la común intención de las partes o de lo dispuesto por un Tribunal Arbitral, entonces se encontrará viciada de nulidad.

40. En segundo lugar, DPWC alega que la APN no es el Concedente, sino que dicho rol corresponde al MTC, quien no ha manifestado discrepancia alguna en la forma en que el



Concesionario ha venido interpretando el Contrato de Concesión respecto a las cargas que pueden ser movilizadas en el Terminal Sur.

41. En tercer lugar, el Concesionario sostiene que no existe incertidumbre sobre la posibilidad de movilizar carga rodante. En la ejecución del Contrato de Concesión se ha manifestado con claridad que es posible atender servicios de carga rodante. Así, el Concesionario indica en su escrito lo siguiente:

"(...) La forma de ejecución de los contratos es vital para entender el objeto de estos. Al respecto, señala GASTÓN FERNÁNDEZ que "La común intención de las partes debe también ser deducida del total comportamiento que las partes han manifestado durante todo el decurso del inter [sic] contractual, comprendiendo, inclusive, las etapas anterior al contrato (tratativas) y posterior a la conclusión (ejecución)."

42. En cuarto lugar, DPWC manifiesta que OSITRAN y APN han reconocido con claridad los aspectos que hoy se pretenden interpretar; por lo que ahora de ninguna manera pueden cuestionar tal claridad o alegar oscuridad para justificar su intención de interpretar, pues ello sería desconocer sus propios actos, lo que no está permitido por el sistema legal, así como atentar contra la buena fe y contra la prohibición de la administración pública de actuar en contra de sus propios actos.



43. Así, el Concesionario señala que en el caso de OSITRAN, éste ha reconocido expresamente que DPWC puede prestar servicios a la carga rodante, conforme al siguiente detalle:

"25. En el "TARIFARIO AL PÚBLICO GENERAL" (Vigente a partir del inicio de la Explotación) (Anexo 1), desde su versión de junio de 2010, se reconoce que el Concesionario está permitido de prestar servicios a la carga rodante conforme al Contrato de Concesión.

26. En los numerales 2.10 y 4.1.3 del citado documento se consignan las tarifas a ser cobradas por el Concesionario a sus usuarios por el "Embarque o Descarga de Carga Proyecto Fraccionada o Rodante, No Contenedorizada", como parte de los "Servicios Especiales (No Regulados) - Operadores de Naves" y "Servicios Especiales (No Regulados) - Patio de Contenedores", respectivamente. Cabe resaltar que, según el artículo 34º del Reglamento de Tarifas, DPWC, en su calidad de Entidad Prestadora, cumplió con comunicar a OSITRAN sobre esta inclusión de su Tarifario. En dicho proceso, OSITRAN ha reconocido expresamente que conforme al Contrato de Concesión, el Concesionario sí está permitido para prestar el servicio de carga rodante en el Muelle Sur. Veamos:

- El 25 de junio de 2010 el Concesionario remitió a OSITRAN la carta GG-DPWC.140.10 (Anexo 2) mediante la cual puso en conocimiento del Regulador la modificación de su tarifario.
- En aquella ocasión, el Concesionario expresamente comunicó a OSITRAN que estaba incluyendo los Servicios Especiales a la Carga No Contenedorizada que incluyó servicios a carga proyecto, carga rodante y carga fraccionada. Para ello, el Concesionario informó que estaba procediendo a modificar los numerales 2.10 y 4.1.3 del Tarifario.
- El 26 de junio de 2010, el Concesionario publicó en el Diario Correo (Anexo 3) el Tarifario con las modificaciones anteriormente mencionadas, incluyendo un ítem con servicios a carga rodante. Mediante carta GG.DPWC.142.10 (Anexo 4) el Concesionario comunicó a OSITRAN sobre la mencionada publicación.



- Mediante oficio 078-10-GRE-OSITRAN del 8 de julio de 2010 (**Anexo 5**) OSITRAN formuló determinadas observaciones respecto a las adiciones efectuadas por el Concesionario y solicitó que el Concesionario incluya en su Reglamento Tarifario y Política Comercial, de manera detallada, las características de los servicios incluidos en los ítems 2.10 y 4.1.3 del Tarifario. OSITRAN nunca cuestionó la posibilidad de que el Concesionario atienda o preste servicios a la carga rodante. Todo lo contrario, más bien, OSITRAN reconoció que el Concesionario tenía derecho a atender carga rodante y solicitó al Concesionario incluir un mayor detalle sobre el contenido de tales servicios.
- El Concesionario dio respuesta a dicha comunicación mediante carta GG.DPWC.162.10 del 19 de julio de 2010 (**Anexo 6**). En esta comunicación detalló los alcances de los servicios que prestaría a la carga no contenedorizada, dentro de la cual se encontraba la carga rodante. Se señaló que dentro de esos servicios especiales estaba incluido, para la carga rodante y la carga fraccionada, los servicios de embarque y desembarque, la transferencia entre el costado de la nave y el área de almacenaje, y el manipuleo en el área de almacenaje.
- Se comunicó a OSITRAN que dicha información sería colgada en la página web del Concesionario, obligación que se cumplió incluyendo los mencionados detalles en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de julio de 2010 (**Anexo 7**).



27. En este contexto, ENAPU - entonces operador del Muelle Norte - tuvo la misma inquietud que inexplicablemente la APN levanta ahora respecto a que el Concesionario no podía atender carga distinta a la carga contenedorizada. En efecto, ENAPU remitió a OSITRAN el Oficio 180-2010-ENAPU S.A./PD mediante el cual solicitó a OSITRAN interponga sus buenos oficios respecto al Tarifario publicado con la adición de los servicios a la carga no contenedorizada (entre ellos, la carga rodante). Ello, dado que ENAPU consideraba erróneamente que la prestación de estos servicios contravenía lo establecido en el Contrato de Concesión puesto que el Concesionario únicamente estaba facultado a prestar servicios a contenedores.



28. En respuesta al equivocado argumento de ENAPU, OSITRAN emitió el Oficio N° 274-10-GG-OSITRAN (**Anexo 8**) del 27 de septiembre de 2010. En aquella ocasión, OSITRAN señaló claramente que el Contrato de Concesión no prohibía al Concesionario prestar los servicios a carga no contenedorizada, salvo por el caso de graneles sólidos y líquidos (los cuales podían ser prestados contando con la autorización del Concedente).



Según el referido Oficio 27410 (sic), OSITRAN consideró, basándose en la misma cláusula 8.16 que hoy pretende interpretar, que la prestación de servicios a la carga no contenedorizada (carga rodante y carga fraccionada) no contravenía lo dispuesto en el Contrato de Concesión. OSITRAN señaló que el Concesionario puede atender principalmente a contenedores, pero que ello no le prohíbe atender a otro tipo de carga (salvo los graneles a menos que cuente con autorización del Concedente, como se ha mencionado). Veamos textualmente lo que OSITRAN señaló en el mencionado Oficio 274-10-GG-OSITRAN:

3. En consecuencia, si bien en la definición de Servicio Estándar se hace mención a la prestación de servicios portuarios para carga contenerizada (i.e. el NTC es Especializado), la Cláusula 8.16 del Contrato Concesión no prohíbe expresamente la prestación de servicios portuarios para carga no contenerizada, salvo para los casos de carga a granel sólido y líquido, lo cual no contraviene lo establecido en el Art. 6° de la LSPN respecto a la prestación principalmente de servicios portuarios para carga contenerizada.



Por lo expuesto, el servicio especial establecido por DP World, para carga no contenerizada, no contraviene al Contrato de Concesión, y como usted bien lo precisa, en la definición del servicio estándar sólo se refiere a contenedores, no siendo aplicable por ello el servicio estándar para otro tipo de carga a atenderse en el Muelle Sur.

29. Lo afirmado por OSITRAN en el párrafo citado es contundente: inclusive señaló que los servicios a carga no contenedorizada están permitidos como **Servicios Especiales**, servicio que incluye el embarque, desembarque, transferencia y manipuleo de carga rodante y carga fraccionada; y que este no contraviene lo dispuesto por el Contrato de Concesión.”

44. En relación con la APN, el Concesionario señala que esta Entidad recibió una copia del Oficio N° 274-10-GG-OSITRAN y en ningún momento objetó el análisis de OSITRAN sobre la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

45. Asimismo, DPW argumenta que la APN habría reconocido expresa y directamente que el Concesionario podía prestar servicios a la carga rodante, en tanto que mediante Resolución N° 214-2010-APN/GG del 26 de mayo de 2010, aprobó el Reglamento de Operaciones de DPWC, incluyendo el embarque y la descarga de carga rodante como parte de sus servicios. De acuerdo al Concesionario, desde la aprobación del citado Reglamento de Operaciones, no se habría producido ninguna situación o modificación normativa o contractual que pueda generar el cambio de criterio de la APN.

46. Adicionalmente, el Concesionario señala que existen reportes estadísticos sometidos a consideración de OSITRAN y APN en donde se acredita que siempre ha prestado servicios a la carga rodante sin que haya existido controversia alguna con la APN, OSITRAN o el Concedente, de lo que deriva que queda claro que nunca existió oscuridad o ambigüedad en el Contrato de Concesión respecto a esta materia.

47. Finalmente, indica que la contradicción en la que incurriría OSITRAN al interpretar el Contrato de Concesión en contravención a los actos administrativos anteriormente aprobados, es un atentado contra los principios de Buena Fe (a través del principio de actos propios), seguridad jurídica y predictibilidad, todos reconocidos constitucionalmente.

H. La postura de los Terceros Interesados

Autoridad Portuaria Nacional

48. Mediante Oficio N° 368-2016-APN/GG-UAJ, recibido el 17 de mayo de 2016, la APN remitió el Informe Técnico Legal N° 024-2016-APN/DOMA-UAJ, que contiene su posición institucional y en el que concluye que, conforme a lo señalado por OSITRAN, existe ambigüedad u oscuridad en la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, la misma que requiere ser interpretada.

49. Asimismo, la APN señala que, mediante Memorando N° 497-2016-DOMA, de fecha 11 de mayo de 2016, su Dirección de Operaciones y Medio Ambiente (DOMA), desde el punto de vista operativo, ha establecido que DPWC podrá atender naves RO-RO7 siempre que se cumplan las condiciones de seguridad, operacionales e infraestructura, debidamente autorizadas por la autoridad competente, debiendo el Concesionario gestionar los

⁷ Refiriéndose al servicio de atención de carga rodante.

recursos necesarios para atender este tipo de carga (tales como: sistemas operativos, zonas de acopio, tratamiento de la carga), lo cual debe constar en su Reglamento Interno de Operaciones.

APM Terminals Callao S.A.

50. Mediante Carta N° 226-2016-APMTC/LEG, recibida el 10 de mayo de 2016, APMT señaló que las concesiones en el Puerto del Callao están dirigidas a desarrollar dos (02) terminales especializados en un tipo de carga y un (01) terminal multipropósito, destinado a la atención de todo tipo de carga, por lo que consideran que el único terminal que ha sido facultado para atender todo tipo de carga es el Terminal Norte Multipropósito del Callao. En este sentido, indica lo siguiente:
- Permitir que DPWC atienda cargas que van más allá de su especialización en contenedores, salvo la excepción establecida en el contrato, vulneraría el esquema de desarrollo del Puerto del Callao, establecido por la APN para la concesión del Terminal de Contenedores Sur y en general, para la explotación de los diversos terminales que componen el Puerto del Callao. Indica además que debe considerarse lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario y argumenta que en varias secciones de dicho Plan se señala que el Terminal de Contenedores Sur sólo atenderá mercancía contenerizada.
 - De acogerse la posición de DPWC, podrían afectarse las condiciones económicas consideradas por el Contrato de Concesión de APMT, las mismas que sirvieron como base tanto para la generación de incentivos de Inversión en el Terminal Norte Multipropósito del Callao como para la planificación de las operaciones desarrolladas en el mismo.

Transmeridian

51. Mediante correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2016, el Gerente de Operaciones de la agencia naviera Transmeridian señaló que la competitividad es un aspecto fundamental en el negocio portuario y logístico, por lo que el usuario debería tener la posibilidad de tener más de una opción para un servicio, y en base a la competitividad poder elegir un proveedor. Señaló además que, en la actualidad, los volúmenes de carga movilizada en los puertos siguen en crecimiento en todas sus líneas de negocio (contenedores, vehículos, gráneles, etc.) por lo que es importante que este crecimiento pueda ir acompañado de un soporte logístico adecuado, caso contrario, la economía del país podría verse afectada.

Abogado Cristian Calderón Rodríguez

52. Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2016, el señor Cristian Calderón Rodríguez, señaló lo siguiente:
- Según las normas del Sistema Portuario Nacional, los puertos según su actividad son multipropósitos o especializados, siendo el Terminal Sur, un terminal especializado en contenedores. Así, si el concesionario quiere manejar otro tipo de carga, requiere solicitar una habilitación o licencia portuaria.
 - Las estructuras de todos los contratos de concesión del Sistema Portuario Nacional son similares, siendo los servicios estándar los necesarios para que la carga se

- transfiera de modo de transporte, mientras que los servicios especiales no son necesarios para la logística normal. En este sentido, en el caso del Terminal Sur, un servicio especial debe tener como objeto prestaciones adicionales a los contenedores.
- c. Si la autoridad portuaria habilita al puerto a recibir cargas que no son contenerizadas, el concesionario podría prestar "servicios especiales" a dichas cargas.
 - d. Sería pertinente legalmente y para la competitividad del país que el concesionario del Muelle Sur sea autorizado a brindar el servicio estándar a cualquier carga distinta a la contenerizada. De esta manera, si el Concesionario tiene la intención de prestar "servicio estándar" a la carga rodante, nada impide que el Estado habilite al concesionario e integre las normas para que logre su objetivo.

Asociación Automotriz del Perú

53. Mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2016, se recibieron los comentarios de la Sra. Nelly Gamarra, Asesora Legal de la Asociación Automotriz del Perú; sin embargo, mediante correo electrónico del 12 de mayo de 2016, dicha institución solicitó que su comunicación previa se deje sin efecto.
54. Luego de vencido el plazo otorgado por la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN, mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2016, el señor Edwin Derteano Dyer, Presidente de la Asociación Automotriz del Perú presentó su opinión, señalando que se encuentra a favor de la posición de DPWC, en tanto que:
 - a. La posición de DPWC se ajusta a ley y a derecho, dado que la cláusula 8.16 establece una restricción condicional, mas no limitativa, para la atención de mercancías a granel, no conteniendo limitación adicional para otro tipo de mercancía, entre ellas la carga rodante, la misma que debe ser considerada dentro del concepto de servicios especiales, contenido en la cláusula 1.20.88 del Contrato de Concesión.
 - b. Es importante que se brinde un adecuado servicio a la carga rodante, ya que la importación de vehículos nuevos irá en aumento en los próximos años y APMT, al no tener competencia en la desestiba de los vehículos nuevos que arriban del exterior, hace poco por solucionar los problemas que subsisten desde que se le otorgó la concesión, lo cual crea perjuicios económicos a las empresas usuarias.

I. Evaluación de las estipulaciones contractuales

55. Teniendo en consideración la consulta formulada por la APN mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjuntó el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN contrató una consultoría a fin de que analice si DPWC puede atender carga distinta a la que se encuentra contenerizada (rodante, fraccionada) en el Terminal de Contenedores – Zona Sur, conforme al Contrato de Concesión, realizando para ello, la revisión del Libro Blanco de la Concesión, así como al Plan Nacional de Desarrollo Portuario, entre otros documentos que se consideren necesarios. En este sentido, los argumentos expuestos a continuación coinciden con el análisis realizado a través de la citada consultoría, que se adjunta al presente informe como Anexo.

I.1. Cuestión Previa: El alcance de la competencia de OSITRAN para interpretar los Contratos de Concesión

56. En atención a las afirmaciones contenidas en el escrito presentado por el Concesionario, en este punto se procederá a aclarar los aspectos vinculados a la competencia de OSITRAN para interpretar los contratos de concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público.
57. Al respecto, conviene recordar que OSITRAN tiene por objetivo general regular, normar, supervisar y fiscalizar el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas y privadas que explotan infraestructura de transporte de uso público⁸, así como supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión bajo su ámbito, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios bajo su competencia.
58. En ese sentido, la Ley N° 26917, Ley de creación de OSITRAN y la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores), otorgan expresamente a OSITRAN las siguientes funciones administrativas:

- Función Normativa.
- Función Reguladora.
- Función Supervisora.⁹
- Función Fiscalizadora y Sancionadora.
- Función de Solución de Controversias y Reclamos.

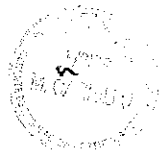
59. En adición a estas funciones administrativas generales atribuidas por el ordenamiento legal a todos los Organismos Reguladores, OSITRAN cuenta con funciones administrativas específicas, otorgadas en virtud a la Ley N° 26917, dentro de las cuales se encuentra la función administrativa de *“interpretar los títulos en virtud a los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación económica”*, asignada en virtud al Literal e) del Numeral 7.1. del Artículo 7° de la Ley N° 26917, la cual se deriva de la función de supervisión asignada a este Regulador, precisamente porque en virtud de esta función el Regulador tiene la obligación de verificar el cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales asumidas por el Concesionario, debiendo por tanto tener la capacidad de poder interpretar los alcances de alguna disposición contractual que sea oscura o ambigua y que, por tal motivo, impida la ejecución del contrato y, derivado de ello, su supervisión efectiva. En el caso de las Entidades Prestadoras concesionarias (como es el caso de DPWC), el título que otorga a dicha empresa el derecho de realizar sus actividades de explotación de la infraestructura portuaria, y que puede ser materia de interpretación, es precisamente el contrato de concesión.

60. En virtud de la habilitación legal referida, cuando OSITRAN ejerce la referida función administrativa de interpretación de los contratos de concesión, lo que hace es emitir Actos

⁸ Definidas en el inciso k) del artículo 1° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, del modo siguiente:

“Entidad Prestadora: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios.(...)”

⁹ La Función Supervisora, es aquella que permite a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas.



Administrativos que tienen fuerza vinculante por imperio de la Ley, y que deben ser cumplidos por los concesionarios, como es el caso de DPWC.

61. Como se ha indicado en el acápite A del presente informe, conforme al marco legal vigente, el ejercicio de la función administrativa de interpretar los contratos de concesión asignado a OSITRAN, y que se deriva del ejercicio de la función de supervisión otorgada normativamente a este Regulador, no se encuentra supeditado ni condicionado a la existencia previa de una solicitud de interpretación del Concesionario, así como tampoco del Concedente, lo cual se condice con el marco regulatorio vigente, pudiendo el Regulador iniciar de oficio la interpretación contractual, en caso considere que existe una cláusula cuyo alcance resulta ambiguo u oscuro y que ello dificulte su aplicación.
62. Así, los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, establecen lo siguiente:

"1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

(...)

Los contratos de concesión son suscritos por el Estado Peruano y por las empresas concesionarias de infraestructura de transporte de uso público, lo que implica que son ambas partes las legitimadas para solicitar su interpretación o modificación.

Sin embargo, terceros con legítimo interés también podrían solicitar la interpretación de contratos. Ello, en atención a que OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar de oficio o a pedido de parte el Contrato de Concesión, tal como lo establece el inciso e) del Artículo 7.1 de la Ley N° 26917.

(...)"

63. Del marco legal expuesto, se advierte que la normativa vigente ha previsto un mecanismo para el cumplimiento eficaz de la función supervisora de OSITRAN, pues al tratarse de un órgano distinto y autónomo con relación a "las Partes contratantes", se le otorga (mediante una Ley) la facultad de emitir actos administrativos declarativos (constituidos por las interpretaciones de los contratos de concesión), con efectos jurídicos vinculantes sobre éstas.
64. Esto es así, por cuanto, la naturaleza de un contrato de concesión de infraestructura de transporte de uso público es distinta a la de un contrato estrictamente privado, suscrito entre particulares, cuyo interés y efectos quedan en la esfera de estos últimos. Los efectos de la ejecución de un contrato de concesión como el que es materia de análisis, son de alcance e interés público, no sólo por ser suscritos por el Estado Peruano en calidad de ente Concedente, sino también por involucrar a los Usuarios¹⁰ del Servicio derivado de la Concesión.
65. Precisamente por ello, la finalidad en el diseño institucional de otorgar a OSITRAN el poder de emitir actos administrativos declarativos con fuerza vinculante, al ejercer la función de

¹⁰ Al respecto, las cláusulas 2.1 y del Contrato de Concesión, establece;

"2.1.- La Concesión materia del Contrato se otorga para la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de una Obra de infraestructura pública, como parte del proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado emprendido por el Estado de la República del Perú y que tiene por objeto aumentar el alcance de la infraestructura vial en el país y mejorar la calidad de los servicios que ésta ofrece".

"interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público", se sustenta en la necesidad de dar al organismo regulador una herramienta para que, como Organismo Regulador que de acuerdo a Ley debe ser el supervisor imparcial²² de su cumplimiento; esté en real capacidad de ejercer eficazmente dicha función.

66. Reiteramos que la normativa regulatoria ha otorgado expresamente a OSITRAN, la facultad de emitir *Actos Administrativos* que constituyen una manifestación de su poder público y que, por tanto, conllevan fuerza vinculante por imperio del Derecho. En tal virtud, el acto adquiere su condición de "administrativo" porque OSITRAN lo emite en ejercicio de una potestad pública expresamente otorgada por el ordenamiento legal. Tales actos administrativos producen efectos jurídicos externos, concretos y de alcance individual, ya sea actuales o futuros, sobre los derechos, intereses u obligaciones de las Entidades Prestadoras -como DPWC- sobre los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público, así como sobre las actividades económicas bajo la competencia de OSITRAN.



67. En ese contexto y orden legal, y contrariamente a lo señalado por DPW, se ratifica que OSITRAN está facultado a interpretar los Contratos de Concesión, a solicitud de cualquiera de las Partes contratantes, o de oficio, a solicitud de los usuarios de la infraestructura o de sus órganos funcionales; 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.

68. Naturalmente, al interpretar los contratos de concesión bajo su ámbito de competencia, OSITRAN no crea nuevas obligaciones o derechos, ni modifica las obligaciones o derechos existentes, y mucho menos los extingue. Lo que hace simplemente OSITRAN en tal caso, es aclarar el sentido del contrato de concesión ante una oscuridad o ambigüedad en sus cláusulas, acreditando la existencia de derechos, obligaciones o intereses existentes en dicho instrumento contractual, a fin de hacer posible la aplicación del Contrato de Concesión. Ello, desde luego, utilizando los criterios de interpretación contractual reconocidos legalmente y en el propio Contrato de Concesión, constituyendo todos estos elementos, por tanto, los límites del ejercicio de la facultad de interpretación a cargo de este Regulador.

69. Sin perjuicio que ha quedado claro que legalmente este Regulador puede ejercer su facultad de interpretación de oficio, vale decir, sin pedido de las Partes o de terceros interesados, de las comunicaciones remitidas y analizadas en el presente Informe, resulta innegable que existe una lectura ambigua de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, pues conforme se puede apreciar de los antecedentes, tanto ENAPU como la APN han cuestionado en distintos momentos de la concesión, cuál es el tipo de carga que puede ser atendida por DPWC, siendo el caso que, además, el propio MTC (en su calidad de Concedente) ha manifestado expresamente que resulta necesario que OSITRAN efectúe la interpretación de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, la misma que puede tener

²² RUBIO CORREA, Marcial. El Estado Peruano según Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006. Pag. 277:

"La imparcialidad es la regla central de la actuación de los organismos reguladores en cuanto al fondo de la materia que es de su competencia. Deberán equilibrar cuidadosamente la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario, con el negocio del concesionario. Lo uno no sirve sin lo otro: sin la satisfacción del usuario la prestación de un servicio público carece de sentido. A la inversa, sin el rendimiento económico adecuado para el concesionario del servicio, las prestaciones no podrán ser mantenidas en el tiempo ni con la calidad. Al propio tiempo deberá vigilar que la competencia establecida como un elemento central de la economía social de mercado, rija para beneficio de la actividad económica en su conjunto, y también de los usuarios del servicio público."



dos lecturas distintas, a efectos de definir los servicios especiales que pueden ser brindados por el Concesionario.

70. En este sentido, resulta necesario que el Consejo Directivo de OSITRAN analice los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, a la luz de las posiciones planteadas por las Partes y terceros interesados, a fin de determinar si corresponde su interpretación a efectos de la ejecución del Contrato conforme a lo pactado por las partes; por lo que carece de fundamento y sustento jurídico, las afirmaciones del Concesionario, por las cuales, pretendiendo desconocer la naturaleza²² del Contrato de Concesión, y el marco regulatorio vigente, argumenta que OSITRAN no está facultado a interpretar de oficio dicho instrumento.
71. Por otro lado, el Concesionario ha solicitado la conclusión del inicio de oficio de la interpretación dispuesta por el Consejo Directivo, alegando que la no existencia de una divergencia entre las Partes respecto al sentido de una disposición contractual no habilita al Regulador a iniciar un procedimiento de interpretación, señalando que en el supuesto que dicha discrepancia existiera entre las partes, ésta debería ser solucionada mediante Trato Directo o Arbitraje.
72. Lo expuesto por el Concesionario carece de asidero legal y contractual, toda vez que tal como se ha explicado anteriormente, no solamente se ha evidenciado que sí existe una distinta lectura de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, sino que además queda totalmente claro que, conforme al marco legal vigente, OSITRAN es el organismo facultado legalmente a aclarar el contenido de una disposición que emana de un Contrato de Concesión, es decir, de interpretarla, no siendo el pronunciamiento que emita OSITRAN una materia de libre disposición y acuerdo de las Partes y por ende, tampoco materia de Trato Directo y/o Arbitraje.
73. Al respecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071, establece que únicamente pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Por lo tanto, aquellas materias que están referidas al ejercicio de competencias legalmente conferidas al Regulador (como la función de interpretación de los Contratos de Concesión, definida en el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917 y en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, no pueden ser discutidas en la vía del Trato Directo, ni mucho menos en un Arbitraje.
74. En tal sentido, **Castillo Freyre** señala lo siguiente:

"En primer término, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". En ese sentido, resulta evidente que ni el concedente ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones -de competencia exclusiva- otorgadas por Ley a los organismos reguladores. En otras palabras, ni el

²² Ciertamente, de acuerdo con la doctrina, los contratos de concesión tienen una naturaleza mixta. DANOS ORDOÑES, Jorge. "Promoción de la Inversión privada en materia de inversión pública de infraestructura y servicios públicos, a través de las Concesiones". En Advocatus. Nueva Época. Segunda entrega. Año 2000.
En tal sentido, no son estrictamente privados, como entendería el Concesionario, al sustentar su postura.



*concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emiten los organismos reguladores derivados, precisamente, de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (tribunal arbitral), la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas*²³.

[el resaltado y subrayado son agregados]

75. En la misma línea, **Herrera** señala que el pacto arbitral que celebren las partes (concedente y concesionario), no otorga competencia a la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, es decir, los actos administrativos emitidos por los organismos reguladores en ejercicio de las funciones otorgadas por Ley²⁴, como ocurre en el presente caso con la facultad de interpretación de los contratos de concesión.

76. Esta excepción al sometimiento de controversias al fuero arbitral, se encuentra recogida además en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1224, Ley marco de la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y el artículo 81 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que establecen que las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP incluirán disposiciones respecto a que no podrán someterse a mecanismos de solución de controversias las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa.

77. Por lo tanto, se concluye que el marco legal peruano no permite que las decisiones de los organismos reguladores, derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley y cuya competencia es ejercida en forma exclusiva, puedan ser arbitrables. Siendo ello así, en el caso que el Concesionario no se encuentre de acuerdo con la interpretación que realice el Consejo Directivo de este Regulador, la vía correspondiente para su impugnación será el proceso contencioso administrativo, de conformidad con la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, no siendo aplicable la vía del Trato Directo, ni del Arbitraje.

78. Cabe indicar que el Contrato de Concesión se encuentra acorde con el marco legal vigente reseñado, tal como se advierte de la cláusula 14.1, en la que las Partes reconocen lo siguiente:

"DISPOSICIONES COMUNES

14.1 *El ejercicio de las funciones que en virtud de este Contrato y las normas legales pertinentes deben cumplir el CONCEDENTE, la APN y el REGULADOR, en ningún caso estará sujeto a autorizaciones, permisos o cualquier manifestación de voluntad del CONCESIONARIO. Éste deberá prestar toda su colaboración para facilitar el cumplimiento de esas funciones (...).*"

79. Asimismo, la cláusula 14.3 del Contrato de Concesión, claramente, establece lo siguiente:

FACULTADES DEL REGULADOR

²³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. ¿Arbitraje y Regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Palestra Editores S.A.C.: 2011; pág. 144-145.

²⁴ HERRERA MERCADO, Hernando. *El arbitraje en materia de telecomunicaciones*. En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 446.

14.3. El REGULADOR está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que le confiere el Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente.

80. De esta manera, en el propio contrato se reconoce que el Regulador se encuentra facultado para ejercer todas las potestades y funciones que le confiere el Contrato de Concesión, la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, no advirtiéndose en dicho instrumento, ni en las referidas Leyes y Disposiciones Aplicables, que el ejercicio de la función de interpretación contractual, se encuentre supeditado a una solicitud del Concedente o del Concesionario.
81. Debe tenerse en consideración, además, que la cláusula 16.2 del Contrato de Concesión indica expresamente que las decisiones del Regulador no pueden ser materia de solución de controversias a través de trato directo o arbitraje, siendo la vía correspondiente, la acción contencioso administrativa a través del Poder Judicial. Así, la citada cláusula señala lo siguiente:

"ÁMBITO DE APLICACIÓN

16.2 La presente sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión.

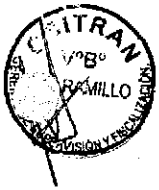
Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del REGULADOR relativas a la aplicación de Tarifas y de las demás decisiones expedidas por el REGULADOR en el ejercicio de sus funciones administrativas, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables."

82. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante aclarar que, tal como ha sido explicado en este Informe, el ejercicio de la facultad de interpretación contractual no implica que este Organismo 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.
83. En este sentido, el Regulador no se encuentra violando ningún principio constitucional como erróneamente señala el Concesionario, ni atenta contra los principios de buena fe, seguridad jurídica y predictibilidad, pues por el contrario, la interpretación del Contrato de Concesión por parte de OSITRAN generará un instrumento que dará seguridad jurídica a las partes, teniendo una interpretación unívoca del Contrato de Concesión que deberá ser respetada por los mismos, así como por las demás Entidades y Terceros vinculados con el Contrato de Concesión.
84. Al respecto, cabe indicar que, de la lectura de los comentarios de terceros interesados como son el Gerente de Operaciones de Transmeridian, el señor Cristian Calderón Rodríguez y el Presidente de la Asociación Automotriz del Perú, se aprecia que los mismos manifiestan su conformidad a favor de la posición de DPWC, al considerar que ello beneficiaría a la competitividad del Puerto del Callao. Sobre el particular, dicha posición obedece a razones comerciales, las cuales no son consideradas por OSITRAN al momento de interpretar Contrato de Concesión, toda vez que la interpretación debe basarse en lo indicado expresamente en el Contrato y por disposición expresa de este, de ser el caso, en



las Bases y Circulares que se emitieron durante el concurso realizado para la adjudicación del proyecto. Así, tal como se ha señalado anteriormente, la interpretación que realiza OSITRAN no tiene por objeto modificar en forma alguna lo dispuesto por el Contrato de Concesión, ni tomar en consideración factores externos que pudieran modificar el sentido de lo pactado por las partes.

85. En ese sentido, es importante señalar que si bien se han recibido los comentarios y opiniones de terceros interesados, aquellos comentarios que obedecen a razones comerciales, no son materia de evaluación por este Organismo Regulador a efectos de emitir pronunciamiento respecto de la interpretación materia de análisis, por las razones expuestas en el párrafo precedente. En relación a los comentarios referentes al contenido del Contrato de Concesión, los mismos serán desarrollados a lo largo del presente informe. En este sentido, es importante reiterar que, el análisis y la interpretación que es efectuada por el Consejo Directivo de OSITRAN, se basa en lo dispuesto expresamente en el Contrato de Concesión y los documentos que lo integran, esto es, las Circulares y las bases, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula 16.3¹⁵ del Contrato de Concesión.



86. Así, la interpretación de OSITRAN no puede en forma alguna modificar lo expresamente pactado por las partes. Siendo ello así, en los siguientes acápite procederemos a evaluar la interpretación de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

1.2 De lo señalado en el Contrato de Concesión

87. La cláusula 1.20.86 define los Servicios que está facultado a prestar el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión, los cuales incluyen los Servicios Estándar y Servicios Especiales. Así, indica lo siguiente:

"1.20.86. Servicios

Son los Servicios Estándar y los Servicios Especiales, indistintamente, que serán prestados por el CONCESIONARIO a los Usuarios".

88. En relación a los alcances del Servicio Estándar, ello se encuentra definido en las cláusulas 1.20.87 y 8.14 del Contrato de Concesión, conforme al siguiente detalle:

"1.20.87. Servicios Estándar

Son los servicios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.14, el CONCESIONARIO prestará, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

"SERVICIO ESTÁNDAR

- 8.14. Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO presta obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y comprenden en

15 16.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

- El Contrato;
- Circulares a que se hace referencia en las Bases; y
- Las Bases".



el caso de embarque, desde que un contenedor ingresa al Terminal hasta que la Nave en la que se embarque el contenedor sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro del contenedor por el Usuario. En ambos casos, incluye una permanencia del contenedor en el Terminal hasta de cuarenta y ocho (48) horas libre de pago, así como cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que el contenedor ingrese en el patio del Terminal para su posterior embarque.

(...)

b. SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

Comprende los servicios de descarga y/o embarque del contenedor, mediante el uso de la grúa pórtico del Muelle, así como la utilización de la infraestructura del Terminal. La Tarifa por este concepto se aplica por contenedor e incluye:

- i) El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque.
- ii) El servicio de manipuleo- en el área de almacenaje- para la recepción del contenedor de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque; y,
- iii) El servicio de pesaje.

Los contenedores podrán permanecer hasta cuarenta y ocho (48) horas depositados en el Terminal a libre disposición del Usuario. Transcurrido dicho plazo, el CONCESIONARIO podrá cobrar el servicio de almacenaje, en aplicación a lo dispuesto en la Cláusula 8.15, se precisa que no corresponde cobro retroactivo por las cuarenta y ocho (48) horas previas."

89. El Contrato de Concesión también establece que el Concesionario puede prestar Servicios Especiales, por los cuales el Concesionario tendrá derecho a cobrar un precio. Al respecto, las cláusulas 1.20.88, 8.15 y 8.16 del Contrato de Concesión indican lo siguiente:

"1.20.88. Servicios Especiales

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultado a prestar, cuyos términos y condiciones son libremente pactados por las partes y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Dichos servicios deberán prestarse respetando los principios establecidos en el Artículo 14.3 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir alternativamente la prestación de los Servicios Estándar."

"SERVICIOS ESPECIALES

- 8.15. Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, el CONCESIONARIO está facultado a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Por los Servicios Especiales prestados, el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio.
- 8.16. El CONCESIONARIO no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada".

90. De esta forma, de la lectura del Contrato de Concesión, se aprecia que los Servicios Especiales no están detallados explícitamente en el Contrato, ni se encuentran definidos en función de determinado tipo de carga o característica del servicio. Por el contrario, son definidos de manera residual, es decir, como aquellos servicios que no constituyen un Servicio Estándar.
91. En este sentido, no se considerarán los comentarios del señor Calderón, en tanto que, conforme a su análisis, los Servicios Especiales brindados por DPWC pueden realizarse únicamente a los contenedores, pues considera que la estructura del Contrato de Concesión de DPWC es similar a la estructura de todos los contratos de concesión de puertos del Perú. Ello no resulta exacto, pues el Contrato de Concesión de DPWC tiene conceptos propios sobre los Servicios Estándar y Servicios Especiales, no estando estos últimos definidos en función de determinado tipo de carga.
92. Ahora bien, aun cuando los servicios especiales son definidos de manera residual, la literalidad de las cláusulas antes citadas del Contrato de Concesión, no permite determinar indubitadamente si DPWC puede prestar servicios especiales a carga distinta a la contenerizada, por lo que no cabe la interpretación literal del Contrato de Concesión, debiendo recurrirse a otros métodos de interpretación como el método histórico, el cual consiste en averiguar el sentido de una disposición contractual recurriendo al contenido que brindan sus antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas, y el método de interpretación finalista, el cual toma en consideración la función económico social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado, es decir, la naturaleza del Contrato. Ambos métodos se encuentran contemplados en los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión", reseñados en el acápite B) del presente Informe.
93. Cabe indicar que el propio Contrato de Concesión ha indicado en la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión, que en caso de divergencia en la interpretación del Contrato, se seguirá como orden de prelación para resolver dicha situación, el siguiente: (i) el Contrato, (ii) las Circulares a que se hace referencia en las Bases y (iii) las Bases, por lo que se ha recurrido a los documentos del Concurso; quedando claro que el Regulador se encuentra habilitado contractualmente a que en caso el método literal no resulte suficiente para interpretar el Contrato, pueda recurrir a otros métodos de interpretación, uno de los cuales es el método histórico bajo el cual resulta viable acudir a las Circulares y Bases del Concurso.
- 1.3. Posibilidad de que un puerto especializado pueda brindar servicios para cargas distintas a su especialidad**
94. La Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943 (en adelante LSPN) publicada el 1 de marzo de 2003, es antecedente y base del Concurso y del Contrato de Concesión, tal como se desprende del texto de dicho contrato. Asimismo, forma parte de las Leyes y Disposiciones Aplicables, definidas en la cláusula 1.20.60 del Contrato de Concesión como "el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato [de Concesión]. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente."

95. Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por el Decreto Supremo 006-2005-MTC⁶, el cual estuvo vigente cuando se licitó el Muelle Sur, estableció en su sección 5.2.1, Necesidades de infraestructura portuaria, lo siguiente:

"Terminal Portuario del Callao

(...) En cuanto al tráfico de contenedores, se hace necesario disponer de una nueva terminal especializada para las operaciones de contenedores así como la adecuación del muelle 5 como terminal exclusivo para el tráfico futuro de contenedores."

96. Esta disposición trata dos aspectos: (a) la creación de un nuevo terminal especializado para contenedores y (b) la adecuación del Muelle 5 como terminal exclusivo de contenedores. El primer aspecto es el relacionado a la concesión de DPWC.
97. De lo indicado en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario antes mencionado, se advierte que este señalaba las alternativas para el desarrollo del nuevo terminal Muelle Sur (sección 5.3.1.4), indicando que debía seleccionarse la alternativa más adecuada en función de los estudios que se debían llevar a cabo para tal efecto.
98. En tal sentido, era claro que el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, vigente en aquel momento, consideró que el nuevo terminal Muelle Sur sería uno especializado en contenedores, pero ello no implica que su operación se restringía normativamente a la carga contenerizada.
99. Lo expuesto se condice con la clasificación de la LSPN, la misma que establece que un puerto especializado opera principalmente respecto de su área de especialización, pero no se restringe a dicha área. Al respecto, el artículo 6, de la citada Ley, en su versión original (vigente al momento del Concurso) señalaba lo siguiente:

"Artículo 6.- Clasificación de los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias

Los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias, para los efectos de la presente Ley, se clasifican de la siguiente forma:

(...)

- 3. Por la actividad esencial que en ellos se desarrolla, pueden ser: Multipropósito o Especializados y, dentro de estos últimos, se pueden distinguir puertos completos o terminales portuarios: Comerciales, Minero-industriales, Pesqueros y Marinas. Son Multipropósito, los que pueden atender demandas portuarias diversas y Especializados los que principalmente operan para un fin portuario predeterminado."*

(Subrayado agregado)

100. Asimismo, el texto vigente de la LSPN, modificada por del Decreto Legislativo 1022, mantiene esencialmente el mismo texto de la norma vigente durante el Concurso y el Contrato de Concesión, estableciendo lo siguiente:

- "3. Por la actividad esencial que en ellos se desarrolla, pueden ser: Multipropósito o Especializados y, dentro de estos últimos, se pueden distinguir puertos o terminales portuarios: Comerciales, Turísticos, Industriales, Minero-industriales, Pesqueros y Marinas. Son Multipropósito, los que pueden atender demandas portuarias diversas*

⁶ El Decreto Supremo fue publicado el 10 de marzo de 2005, el texto completo del Plan Nacional de Desarrollo Portuario fue publicado el 19 de marzo de 2005. Actualmente dicha versión ha sido derogada por el Decreto Supremo 9-2012-MTC.

y Especializados, los que principalmente operan para un fin portuario predeterminado."

101. Por ello, si el Plan Nacional de Desarrollo Portuario vigente al momento de la realización del Concurso y de la firma del Contrato de Concesión hubiere considerado que existía una restricción normativa para que un terminal portuario especializado pueda atender un tipo de carga distinta a la de su especialidad, no se hubiera podido incluir la posibilidad de que DPWC atienda carga a granel, tal como lo prevé la cláusula 8.16, la cual lo permite siempre que se cuente con la autorización previa de la APN.
102. Ello también ha sido reconocido por el propio MTC, el cual indica en su Informe N° 431-2016-MTC/25, lo siguiente:

"4.52 Como puede observarse, la LSPN establece que los puertos o terminales portuarios especializados son aquellos que operan principalmente para un fin portuario predeterminado; es decir, la especialización de un terminal portuario no implica que la operación portuaria esté orientada hacia un único y exclusivo fin predeterminado, sino que esta tiene un fin específico (principal) sin restringir otros posibles fines portuarios (secundarios) distintos a este. De ello puede entenderse que un terminal portuario especializado pueda prestar servicios distintos a su especialidad, sin que ello conlleve a un cambio del fin portuario para el que fue concebido.

4.53 En tal sentido, al ser el Muelle Sur un terminal portuario especializado cuyo fin portuario es la prestación de servicios (sea a la nave o carga) relacionados directa e indirectamente con la movilización de contenedores, por lo que estos deben ser brindados de manera principal hacia los usuarios. No obstante, los otros servicios ajenos a dichas características deben ser prestados de manera secundaria o subordinada a los servicios que cumplen el fin portuario principal."

1.4 Los documentos del Libro Blanco relacionados con la cláusula 8.16 y con el tipo de carga considerado en el Contrato de Concesión

103. Al respecto, de conformidad con las cláusulas del Contrato de Concesión citadas a lo largo del presente Informe, se advierte que la literalidad de las disposiciones no otorga mayores alcances respecto de si la voluntad de las partes fue restringir la operación de DPWC a carga contenerizada o no.

104. De otro lado, si bien los Anexos 3 (Niveles de Servicio y Productividad) y 5 (Régimen Tarifario) del Contrato de Concesión sólo se refieran a carga contenerizada, ello no implica una restricción al ámbito de dicho tipo de carga, pues a pesar que no se establecieron niveles de servicio o productividad para la carga a granel, este tipo de carga si está permitido de forma expresa por el Contrato de Concesión, previa autorización de APN.

105. En este contexto, se ha procedido a revisar el Libro Blanco de la Concesión, habiéndose identificado diversos documentos que forman parte integrante del Contrato de Concesión (en aplicación de la cláusula 16.3¹⁷) y que permiten conocer la voluntad del Estado en

¹⁷ 16.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

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

relación con la cláusula 8.16 y, en general, respecto a si existe una restricción en relación a carga contenerizada.

106. Al respecto, el MTC ha señalado en el Informe N° 431-2016-MTC/25 que, de la revisión efectuada por dicha entidad respecto a las circulares emitidas durante el proceso de concesión del Muelle Sur, las consultas efectuadas en relación a los servicios que el futuro concesionario podría brindar conforme a las Bases de dicho Concurso Público estuvieron referidas fundamentalmente a carga contenerizada, sin encontrarse en forma expresa una consulta o respuesta referida a otro tipo de carga específica. El Informe indica además que "Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, ni en las Bases del Concurso ni en las Circulares emitidas – en las que se incluyen las consultas y respuestas efectuadas – no se advierte expresamente que se señale alguna restricción expresa en la prestación de servicios vinculadas a carga no contenedORIZADA." Sin embargo, conforme se indica a continuación, puede apreciarse que en las consultas efectuadas si existieron pronunciamientos en relación al hecho que el futuro concesionario pudiera prestar servicios otro tipo de carga distinta a la carga contenerizada.
107. A modo de antecedente, del análisis y revisión efectuada al Libro Blanco del Concurso, puede indicarse que las Bases vigentes a octubre de 2005¹⁸ incluyeron una definición de Servicio Estándar sustancialmente distinta de aquella que finalmente se contemplaría en el Contrato de Concesión, la misma que incluía un listado de servicios a la nave y a la carga, que incluía –entre otros- a la carga fraccionada¹⁹.
108. Posteriormente, mediante Oficio 706-2005-APN/PD, de fecha 21 de noviembre de 2005, entregado el 3 de noviembre de 2005 a PROINVERSIÓN, la APN solicitó eliminar dentro de la definición de Servicio Estándar la referencia a la carga fraccionada, en tanto las Bases

c) Las Bases".

¹⁸ Aprobadas el 29 de setiembre de 2005.

¹⁹ Esta versión de las Bases señalaba lo siguiente:

"1.2.72 (...) Servicios Estándar: son los servicios a la nave y a la carga respecto a los cuales se cobrará el Índice Tarifario Estándar. Los Servicios Estándar se desagregan en los siguientes servicios, cuya prestación y el cumplimiento de niveles de serviciabilidad son de carácter obligatorio para todos y cada uno:

Servicios a la Nave

1	Amarre y desamarre
2	Uso de amarradero

Servicios a la Carga

1	Uso de Muelle
2	Carga y Descarga
3	Manipuleo de Contenedores o Carga Fraccionada, según sea el caso
4	Transferencia
5	Almacenamiento
6	Pesaje, según sea el caso

Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo usuario que lo solicite."

estaban referidas exclusivamente a un terminal de contenedores²⁰, motivo por el cual PROINVERSIÓN modificó los alcances de dicha cláusula²¹.

109. Cabe indicar que si bien del pedido de APN y del cambio en la redacción del ámbito del Servicio Estándar en las primeras versiones del Contrato de Concesión podría inferirse que el objetivo de tales modificaciones era excluir del diseño de la concesión a la carga no contenerizada, a continuación demostraremos que, por el contrario, durante el diseño del contrato se contempló la posibilidad de que se brinden otros servicios distintos a la carga no contenerizada.
110. En efecto, en el Resumen Ejecutivo PUE-28-2006, se sustenta la modificación de la cláusula de retribución del proyecto de Contrato de Concesión, haciendo PROINVERSIÓN una mención expresa a la posibilidad de atender carga no contenerizada:

"9. RETRIBUCIÓN (Cláusula 8.17)

Se ha modificado la cláusula referida a la retribución precisándose que será el 3% de la facturación neta en lugar de US\$ 3 dólares por contenedor, básicamente para proteger los ingresos del Estado en caso el Concesionario quiera desviar servicios especiales (por lo que se puede cobrar más) por servicios estándar, o para poder cobrarle en caso tenga que atender alguna carga no contenedorizada."

(Subrayado agregado)

111. Cabe resaltar que a la fecha de publicación del señalado Resumen Ejecutivo no se encontraba en discusión el agregado final de la cláusula 8.16 en relación a la carga a granel (como veremos más adelante), por lo que puede inferirse que la referencia se realiza respecto de cualquier carga no contenerizada.
112. En etapas más avanzadas del Concurso, PROINVERSIÓN solicitó a OSITRAN su opinión técnica respecto de la denominada versión final del contrato de concesión. A dichos efectos, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió el Acuerdo 788-207-06-OSITRAN que aprobó el Informe N° 16-06-GRE-GAL-OSITRAN, que incluyó la opinión técnica del Organismo Regulador. Esta opinión fue remitida a PROINVERSIÓN el 12 de mayo de 2006 mediante el Oficio 34-06-SCD/OSITRAN.

²⁰ En tal sentido, la APN indicó lo siguiente:

*"1. En el numeral 1.2.72 rubro "Servicios a la Carga" punto 3), página 15 de las Bases, debe eliminarse la frase "... o Carga Fraccionada según sea el caso". Como consecuencia de esta modificación este punto debe quedar redactado con el siguiente texto: **Manipuleo de Contenedores.***

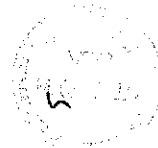
La razón de esta modificación es que las Bases están referidas exclusivamente a un Terminal de Contenedores."

²¹ En efecto, en abril de 2006 PROINVERSIÓN modificó el proyecto de contrato de concesión a efectos de eliminar de la definición de Servicio Estándar el listado de servicios (incluyendo el de carga fraccionada), debido a que en el futuro podían existir servicios no considerados en la lista y, por tanto, al no constituir Servicio Estándar (por no encontrarse dentro de esta), el concesionario no estaría sujeto a la tarifa del Servicio Estándar.

Esta circunstancia aparece en el Resumen Ejecutivo PUE-28-2006 que sustentó el Acuerdo 324-03-PUERTOS, que aprobó el borrador de contrato de concesión el 17 de abril de 2006. Al respecto, el Resumen Ejecutivo señaló lo siguiente:

"7. SERVICIO ESTÁNDAR EN FUNCIÓN A LA NAVE Y A LA CARGA (Cláusula 8.12)

Ha sido eliminado el listado de servicios toda vez que existía la posibilidad que surjan nuevos servicios y que el Concesionario busque cobrar por éstos, una tarifa distinta a la Tarifa Estándar. En la redacción propuesta se precisa el alcance del servicio en función a la nave (que se cobra en función al metro de eslora hora de la Nave) y el alcance del servicio en función a la carga (que se cobra en función al número y tipo de contenedor), lo que elimina el riesgo mencionado".



113. El Informe N° 16-06-GRE-GAL-OSITRAN señaló una preocupación específica en relación con una de las causales de caducidad del contrato de concesión, que se producía cuando el concesionario disponía de los bienes del Concedente de forma distinta a lo previsto en el contrato. Al respecto, OSITRAN señaló que en el caso de la atención de carga fraccionada de forma eficiente, se entendería que el concesionario no podría utilizar el muelle, debiendo solicitar autorización del Concedente, para no generar una causal de caducidad, lo que no resultaba razonable. Dicho informe señaló lo siguiente:

"Numeral 15.1.3 h) e i)

44. Se señala:

- h) La disposición de los Bienes del CONCEDENTE por parte del CONCESIONARIO en forma distinta a lo previsto en el Contrato.
- i) La disposición de los bienes destinados a la ejecución del Contrato en forma distinta a lo previsto en el mismo, sin autorización previa y por escrito del CONCEDENTE.

45. Puede presentarse el caso que el Terminal de Contenedores deba atender carga fraccionada, toda vez que resulta más costoso un cambio de muelle para la nave. En dicho caso, el Concesionario no podría utilizar el muelle y la grúa pórtico para atender una carga, pues incurriría en una causal de caducidad pese a ser una decisión eficiente. Para no verse afectado, deberá pedir previamente la autorización del Concedente, lo que no resulta razonable.

Se sugiere tipificar sólo casos que afecten a terceros o al Concedente como infracción y no como una causal de caducidad, o regularse con mayor precisión a efectos de distinguir en que supuesto específico opera la caducidad."

(Subrayado agregado)

114. La opinión de OSITRAN remitida a PROINVERSION implica que el Regulador entendió que el concesionario estaba facultado a atender carga fraccionada. Es importante resaltar que dicho entendimiento no era consistente con el hecho que se requeriría un pronunciamiento del concedente cada vez que el concesionario deseaba embarcar o desembarcar carga fraccionada²².
115. Posteriormente, el 12 de mayo de 2006 se emite la Circular 18 del Concurso que modifica la definición de Servicio Estándar incluida en las Bases, reemplazando a la lista de servicios prevista en la versión de octubre de 2005, por una definición más genérica, con mención expresa a contenedores en los servicios en función a la carga²³.
116. PROINVERSIÓN, al evaluar el comentario de OSITRAN incluido en el Informe N° 16-06-GRE-GAL-OSITRAN, también parte del supuesto que el diseño del contrato de concesión no restringe al concesionario a realizar embarque/desembarque de carga contenerizada.

²² En el Informe N° 16-06-GRE-GAL-OSITRAN se señala que "el modelo financiero no considera los ingresos por servicios especiales, toda vez que asume que éstos se prestarían en libre competencia, con lo cual el VAN sería cero y no afecta el VAN de la concesión. Es más, cualquier modificación afectaría por igual a los competidores, por lo que no sería razonable restituir el equilibrio en este caso." A nuestros efectos, esta afirmación implica que el solo hecho que el modelo financiero sólo incluya ingresos por Servicio Estándar (relacionada a carga contenerizada) no significa que otro tipo de carga esté fuera del ámbito de la concesión, pues puede ser considerada como Servicio Especial.

²³ El Informe Técnico N° 18-2006-JS-CI del 10 de mayo de 2006 señala que esta es una de las modificaciones a las Bases que se deriva de las modificaciones realizadas al texto del contrato de concesión.

En tal sentido, PROINVERSIÓN responde que la situación planteada por OSITRAN, vale decir, carga fraccionada, corresponde a un Servicio Especial, y señala que en la cláusula se añadirá la necesidad de autorización del Concedente en caso se trate de carga a granel, tal como se encuentra redactada a la fecha la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

117. Así, en el Oficio N° 74-2006-/CPI-PUE/PROINVERSIÓN, remitido a OSITRAN el 26 de mayo de 2006, se comunica la incorporación de determinadas sugerencias del organismo regulador en el proyecto de contrato de concesión y, con relación al manejo de carga fraccionada, se menciona lo siguiente:

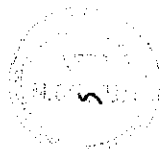
"La atención de carga fraccionada en las condiciones propuestas corresponde a un Servicio Especial. En esta Cláusula se está especificando que "El CONCESIONARIO no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización del CONCEDENTE, o que estos representen carga contenedorizada."

(Subrayado agregado)



118. Cabe indicar que un texto idéntico fue incluido en el Anexo 1 del Informe Técnico N° 21-2006/JS-CI, de fecha 25 de mayo de 2006, remitido por el Coordinador Técnico Sectorial en Asuntos Portuarios de PROINVERSIÓN al Presidente del Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos.

119. De esta manera, de la lectura del Libro Blanco de la Concesión, se aprecia claramente que tanto OSITRAN como PROINVERSIÓN consideraron que durante el diseño del contrato de concesión no se restringía ni prohibía operaciones con carga contenerizada, sino que el mismo incluía la posibilidad de prestar servicios respecto de otros tipos de carga, toda vez que en los documentos citados se menciona expresamente a la carga fraccionada como un Servicio Especial, y la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión también trata como Servicio Especial a la carga a granel (previa autorización de APN)²⁴.



120. Del análisis realizado se concluye que la voluntad del Estado al incluir la cláusula 8.16 no era restringir las operaciones del terminal, sino más bien que el concesionario prestara servicios a tipos de carga distinta a la contenerizada, con la precisión de que si se trataba de carga a granel sólida o líquida era requisito contar con la autorización de la expresa APN.



121. De esta manera, tal como se ha indicado, en aplicación del método histórico²⁵ de interpretación previsto en los Lineamientos, así como del método finalista²⁶, y teniendo en

²⁴ Posteriormente, el Resumen Ejecutivo PUE-42-2006, del 29 de mayo de 2006 da cuenta que se modificó el contrato a pedido de APN, a efectos de que la autorización no sea otorgada por el Concedente, sino por APN.

²⁵ **Método de interpretación histórico o global:** Consiste en averiguar el contenido de una disposición contractual, recurriendo al contenido que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas. Si bien no se deja de lado el contenido del texto, busca identificar el verdadero contenido y los verdaderos alcances de lo que han declarado los contratantes, a través de la valoración de su comportamiento.

²⁶ **Método de interpretación finalista o teleológico:** Se debe tomar en consideración la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato. No obstante ello, la interpretación finalista no puede desentenderse de los resultados prácticos o empíricos propuestos por las partes contratantes en cuanto razón de ser de su concreto contrato. Por esto, además de la función económico-social que la regulación legal asigna al tipo, habrá de ser valorada la causa concreta que tenía para las partes el contrato.



consideración lo expresamente señalado por la cláusula 16.3²⁷ del Contrato de Concesión, se ha recurrido a los documentos del Concurso a efectos de determinar la correcta interpretación de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

122. De esta forma, se concluye que el Contrato de Concesión no se limita a la prestación de servicio a la carga contenerizada, pues el Concesionario puede también realizar servicios a carga de otro tipo (por ejemplo, carga rodante), servicios que en dicho contexto constituirán Servicios Especiales.
123. Ahora bien, el MTC en el Informe N° 431-2016-MTC/25 señala que la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión debe interpretarse en el sentido que:

"Los Servicios Especiales que pueden ser brindados por el Concesionario comprenden:

- a) *A todos aquellos servicios distintos a los Servicios Estándar y aquellos servicios contenidos en los Servicios Estándar que de manera separada o parcial pueden brindarse, cuya prestación se encuentra supeditada a:*
- *las condiciones técnicas actuales y futuras de la infraestructura y equipamiento del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur que hagan factible en términos operativos y de seguridad la prestación de estos; y*
 - *a una solicitud, de parte, de los Usuarios.*
- b) *A los servicios asociados con la movilización de carga de granel sólida y líquida de cumplir las condiciones en a), y siempre que estos cuenten con una autorización expresa de la APN o cuando esta carga represente carga contenerizada, es decir: cuando sea movilizada a través de contenedores.*

Asimismo, los Servicios Especiales que cumplan con las características señaladas en a) y b) y que no se encuentren directa o indirectamente relacionados con la movilización de contenedores, no constituyen servicios que cumplan con el fin portuario principal del Muelle Sur según la LSPN, por lo que la atención de estos, de alguna manera, debe encontrarse subordinada a la atención de los servicios que directa o indirectamente están relacionados con la movilización de contenedores (fin portuario principal del Muelle Sur)."

124. Sin embargo, tal como se ha analizado en el presente informe, ni el Contrato de Concesión ni sus antecedentes parten de una perspectiva restrictiva, por lo que incluir condiciones que no se encuentran expresamente establecidas en el Contrato de Concesión, desnaturaría el mismo. Así, introducir restricciones o condiciones no previstas en el Contrato de Concesión, excedería las funciones de interpretación del Contrato de Concesión que han sido legalmente asignadas a este Regulador, pues ello implicaría incluir disposiciones no contempladas en el mismo, lo cual contraviene el marco legal vigente analizado..

125. Cabe considerar además que independientemente de la interpretación que realice OSITRAN respecto de los alcances de dicha cláusula, el Concesionario tiene la obligación de cumplir con la normativa vigente que corresponda, en relación a los servicios que presta en el Terminal Portuario.

²⁷ 16.3 En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, se seguirá el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:

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

1.5 La ejecución del Contrato de Concesión

126. El Concesionario ha señalado que al iniciarse el presente procedimiento de interpretación se están desconociendo los actos que el propio Organismo Regulador, a través de su Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia General y Gerencia de Supervisión y Fiscalización, ha venido ejecutando, así como las comunicaciones que sobre el particular se le ha cursado.
127. De esta manera, indica que mediante Oficio N° 274-10-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN señaló que resultaba posible prestar servicios especiales a carga no contenerizada, no habiendo sido necesario en dicha oportunidad realizar ninguna interpretación al Contrato del Contrato de Concesión, por lo que su aplicación debe ser directa.

Sobre el particular, es importante tener en consideración que, tal como se ha explicado en extenso en el presente Informe, el único órgano de OSITRAN que resulta competente para efectuar una interpretación de los contratos de concesión o definir que la misma resulta improcedente es el Consejo Directivo, el cual no ha emitido ningún pronunciamiento previo sobre los alcances de la cláusula 8.16 del referido Contrato.

128. De esta manera, si bien se advierte que existió un pronunciamiento de la Gerencia General de OSITRAN y de la revisión de los antecedentes, se aprecia que tanto las Partes, así como OSITRAN y la APN, han venido ejecutando correctamente los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato, toda vez que de conformidad con la interpretación realizada en virtud del Libro Blanco de la Concesión, el Concesionario no se encuentra limitado a la prestación de servicios a la carga contenerizada ya que puede también brindar servicios a otro tipo de carga; por otro lado, se aprecia que dicha conducta previa no ha impedido que a la fecha, tanto la APN como el Concedente tengan posiciones distintas respecto a cuál es la correcta lectura de dicha cláusula del Contrato de Concesión, tal como ha quedado evidenciado con los documentos de la APN, el MTC y del propio Concesionario remitidos al Regulador, por lo que al existir a la fecha ambigüedad en la cláusula (que ha motivado tales distintas lecturas), se hace necesario el pronunciamiento de este Organismo Regulador a través de su Consejo Directivo.

129. Así, si bien tanto las partes como OSITRAN y APN han tomado en consideración la correcta interpretación del Contrato de Concesión durante la ejecución del mismo, se aprecia que la APN, a pesar de su anterior pronunciamiento (como el contenido Resolución 214-2010-APN/GG), ha tenido una posición distinta a la del Concesionario, motivo por el cual solicitó el pronunciamiento del Organismo Regulador. Incluso, con motivo del inicio del procedimiento de interpretación de oficio, ahora la APN, mediante Oficio N° 368-2016-APN/GG-UAJ, que adjunta el Informe Técnico Legal N° 024-2016-APN/DOMA-UAJ, ha indicado que, mediante Memorando N° 497-2016-DOMA, de fecha 11 de mayo de 2016, la Dirección de Operaciones y Medio Ambiente (DOMA) ha establecido que DPWC podrá atender naves RO-RO siempre que se cumplan las condiciones de seguridad, operacionales e infraestructura, debidamente autorizadas por la autoridad competente, debiendo gestionar los recursos necesarios para atender este tipo de carga, lo cual debe constar en su Reglamento Interno de Operaciones.

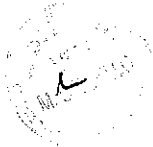
130. Asimismo, se aprecia que no resulta cierto lo indicado por el Concesionario, respecto a que las partes tienen la misma lectura del Contrato de Concesión, en tanto que luego de


iniciado el procedimiento de interpretación contractual por parte del Regulador, el Concedente ha emitido su posición manifestando expresamente que la cláusula 8.16 puede tener dos lecturas distintas, siendo necesario que el Regulador determine la correcta interpretación de la misma.


131. Por otro lado, con respecto a la posición expuesta por APMT, resulta importante considerar que dicho concesionario también tuvo una lectura del contrato de concesión de Muelle Sur similar a la expuesta anteriormente, es decir, en el sentido que DPW está facultado para mover carga diferente a la carga contenerizada. En efecto, en la Carta N° 008-2016-APMTC/LEG, recibida el 19 de enero de 2016 y referida a la propuesta de Servicio Especial "Transbordo de carga rodante", APMT indica en el pie de página N° 12 al analizar el mercado geográfico relevante que, conforme al Contrato de Concesión de DPWC, este Concesionario se encuentra facultado a atender carga rodante. Así, se señala lo siguiente:

"12 Cabe señalar que el Contrato de Concesión de Muelle Sur, firmado en el 2006, permite que DPW Callao atienda carga fraccionada y rodante desde el inicio de operaciones de este terminal portuario (mayo 2010)."

132. En tal sentido, no resulta cierto lo señalado por APMT en su Carta N° 226-2016-APMTC/LEG, con relación a que, de acogerse la posición de DPWC, podrían verse afectadas las condiciones económicas consideradas en su contrato de concesión. En efecto, APMT ha reconocido explícitamente que a través del Terminal Muelle Sur puede movilizarse carga distinta a la contenerizada desde el inicio de operaciones de DPWC, esto es, desde antes de la firma del contrato de concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

- 
133. Asimismo, es importante añadir que de la revisión del contrato de concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, se aprecia que en ninguna de sus cláusulas se hace referencia a la carga movilizada a través del Terminal Muelle Sur, por lo que el pronunciamiento emitido en el marco del presente procedimiento de interpretación contractual no podría significar afectación alguna a las condiciones económicas del referido contrato

- 
134. Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, si bien el Contrato de Concesión se ha venido ejecutando con la interpretación correcta de la cláusula 8.16 –en atención al análisis realizado por el Regulador en el presente Informe–, también se advierte que dicha conducta no ha impedido que a la fecha hayan surgido, por parte del Concedente (en su calidad de parte del Contrato de Concesión) y de la APN, dudas sobre la correcta interpretación de dicha cláusula, situación que genera la necesidad de que este Regulador efectúe la interpretación de la misma, a efectos de tener una posición unívoca y definitiva por las Partes.

- 
135. En tal sentido, se propone que el Consejo Directivo de OSITRAN interprete el Contrato de Concesión, estableciendo la forma en que debe ser interpretado el numeral 8.16 del mismo, interpretando lo siguiente:

"El Concesionario puede prestar Servicios Especiales a carga distinta a la contenerizada. El Concesionario no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada".

136. En este sentido, no existe contradicción alguna en los pronunciamientos emitidos por OSITRAN, ni en los actos administrativos anteriormente aprobados por este Organismo Regulador, siendo que la actuación de OSITRAN está conforme a los principios de Buena Fe, seguridad jurídica y predictibilidad, careciendo de asidero lo indicado por el Concesionario.

III. CONCLUSIONES

1. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2016-CD-OSITRAN del 22 de abril de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en tanto que se advierte que la cláusula 8.16 viene siendo entendida por las Partes, de dos maneras distintas:

- (i) El Contrato de Concesión solo faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, siendo la única excepción a esta regla la prestación de servicios a carga a granel, siempre que para ello DPWC cuente previamente con autorización de la APN o que esta represente carga contenerizada; o
- (ii) El Contrato de Concesión faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenerizada, pudiendo prestar adicionalmente servicios a cualquier otro tipo de carga; sin embargo, sólo para el caso de mercancías a granel, el Concesionario requiere autorización previa de la APN.

2. El ejercicio de la función administrativa de interpretar los contratos de concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público que tiene atribuida OSITRAN, que se deriva del ejercicio de la función de supervisión otorgada a este Regulador, no se encuentra supeditado a una solicitud de interpretación del Concesionario, así como tampoco del Concedente, lo cual se condice con el marco regulatorio vigente. El único órgano de OSITRAN que resulta competente para interpretar los Contratos de Concesión es el Consejo Directivo, el cual no ha tenido ningún pronunciamiento previo sobre el particular.

3. Conforme se aprecia de la literalidad de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, no se puede determinar indubitablemente cual es la interpretación de la misma a efectos de determinar el tipo de carga que puede ser atendida por el Concesionario, por lo que no cabe la interpretación literal del Contrato de Concesión, debiendo recurrirse a otros métodos de interpretación como el método histórico, el cual consiste en averiguar el contenido de una disposición contractual recurriendo al contenido que brindan sus antecedentes jurídicos directamente vinculados a las cláusulas contractuales de que se trate, así como de normas directamente vinculadas, y el método de interpretación finalista, el cual toma en consideración la función económico social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado, es decir, la naturaleza del Contrato. Ambos métodos se encuentran contemplados en los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

4. El propio Contrato de Concesión ha establecido en la cláusula 16.3, que en caso de divergencia en la interpretación del Contrato, se seguirá como orden de prelación para resolver dicha situación, el siguiente: (i) el Contrato, (ii) las Circulares a que se hace referencia en las Bases y (iii) las Bases. De esta manera, a fin de realizar la interpretación del Contrato de Concesión, se ha recurrido a los documentos del Concurso; quedando claro que el *Regulador se encuentra habilitado contractualmente a que en caso el método literal no resulte suficiente para interpretar el Contrato, pueda recurrir al método histórico para ello, toda vez que este establece expresamente que resulta viable acudir a las Circulares y Bases del Concurso.*
5. El Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por el Decreto Supremo 006-2005-MTC, vigente a la fecha de otorgamiento de la concesión, establecía que el nuevo terminal iba a ser uno especializado en contenedores, pero ello no implica que su operación se restringía normativamente a la carga contenerizada. Así, de acuerdo a la clasificación de la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943 un puerto especializado opera principalmente respecto de su área de especialización, pero no se restringe a dicha área.
6. De la revisión del Libro Blanco, así como de la lectura de las comunicaciones cursadas por OSITRAN y PROINVERSIÓN, se aprecia que la perspectiva del Estado, durante el proceso licitatorio, era una bajo la cual la concesión no se restringía a carga contenerizada, sino que la misma incluye la posibilidad de prestar servicios respecto de otros tipos de carga. En los documentos citados se menciona expresamente a la carga fraccionada como Servicio Especial, y la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión también trata como Servicio Especial a la carga a granel (previa autorización de APN).
7. La voluntad del Estado al incluir la cláusula 8.16 en el Contrato de Concesión, no implicó una perspectiva restrictiva, sino más bien una que entendía que el concesionario podía prestar servicios a tipos de carga distinta a la contenerizada, con la precisión de que si se trataba de carga a granel sólida o líquida era requisito contar con la autorización expresa de la APN.
8. El Concesionario ha señalado que, al iniciarse un proceso de interpretación se están desconociendo los actos que el propio Organismo Regulador a través de sus Gerencias ha emitido. Así, indica que mediante Oficio N° 274-10-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN señaló que resultaba posible prestar servicios especiales a carga no contenerizada, no habiendo sido necesario en dicha oportunidad realizar ninguna interpretación al Contrato del Contrato de Concesión, por lo que su aplicación debe ser directa. Sobre el particular, es importante tener en consideración que, el único órgano de OSITRAN que resulta competente para efectuar una interpretación de los contratos de concesión o definir que la misma resulta improcedente es el Consejo Directivo, el cual no ha emitido ningún pronunciamiento previo sobre los alcances de la cláusula 8.16 del referido Contrato.
9. De la revisión de los antecedentes, se aprecia que si bien tanto las Partes, así como OSITRAN y la APN, han venido ejecutando correctamente el Contrato, considerando que en el mismo no se limita a la prestación de servicios a la carga contenerizada, pues el Concesionario puede también brindar servicios a otro tipo de carga, se aprecia también que dicha conducta no ha impedido que a la fecha, la APN y el Concedente (en su calidad de Parte) haya mostrado dudas respecto de los alcances de la cláusula 8.16, lo cual genera la necesidad de que este



Organismo Regulador, a través de su Consejo Directivo, el cual es el único competente para interpretar los contratos de concesión, emita su pronunciamiento, a efectos de tener una posición unívoca y definitiva del mismo.

10. Tal como se ha señalado en el presente informe, de la lectura del Contrato de Concesión, las Circulares y las Bases, se interpreta que el Concesionario puede prestar Servicios Especiales a carga distinta a la contenerizada. En este sentido, no existe contradicción alguna en los pronunciamientos emitidos por OSITRAN, ni en los actos administrativos anteriormente aprobados por este Organismo Regulador, siendo que la actuación de OSITRAN está conforme a los principios de Buena Fe, seguridad jurídica y predictibilidad.
11. Se adjunta el Informe elaborado por el estudio de abogados "Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados", como parte integrante de la presente opinión, en el Anexo 1.

IV. RECOMENDACIÓN

Se recomienda que el Consejo Directivo, en uso de la atribución a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917, interprete la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en los siguientes términos:

"El Concesionario puede prestar Servicios Especiales a carga distinta a la contenerizada. El Concesionario no se encuentra autorizado para la atención de graneles sólidos ni graneles líquidos, salvo expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenerizada".

Atentamente


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 21166-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 1691-2016-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 10/06/16 37 de 37

