



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 043-2013-CD-OSITRAN

Lima, 01 de julio de 2013

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, TPE o el Concesionario o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, el Informe N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2013, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo;

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;



Que, por su parte, el literal e) del numeral 7.1 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, y el literal d) del artículo 53 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), disponen que la función de interpretar los contratos de concesión, en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;



Que, con fecha 9 de setiembre de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional, en representación del Estado Peruano y a título propio, suscribió con TPE el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario de Paita (en adelante, TPP);



Que, con fecha 16 de setiembre del año 2011, mediante la Carta N° 0115-11-TPE-GG, TPE incluye en su tarifario el servicio especial "Uso de Grúa Móvil" que se aplicará a todo tipo de carga, el cual sería brindado luego de la instalación de dos grúas móviles en el muelle espigón existente;

Que, el 28 de setiembre del año 2011, mediante el Oficio N° 056-11-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación solicita al Concesionario precisar qué tipo de inversión constituye la adquisición de dos grúas móviles en el muelle espigón existente y proporcionar el cronograma de ejecución de inversiones en las grúas, así como los costos relacionados y fechas de adquisición, instalación e inicio de operaciones de las mismas;

Que, mediante la Carta N° 0126-2011-GG, recibida el 4 de octubre de 2011, TPE remite la información solicitada mediante el Oficio N° 056-11-GRE-OSITRAN, mediante la cual sostiene que



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

La adquisición de las grúas móviles debe considerarse como una inversión adicional en el marco del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN, notificado el 6 de diciembre de 2011, la Gerencia de Regulación señaló que las tarifas ofertadas en la propuesta económica del Concesionario permiten recuperar las inversiones mínimas y adicionales, las cuales tienen carácter obligatorio; las actividades de carga y descarga en el muelle espigón existente mediante la utilización de grúas móviles forman parte del servicio estándar; y que el Anexo 5 del Contrato de Concesión, que establece las tarifas máximas que TPE cobrará por la prestación del servicio estándar, no distingue si este último se brinda con o sin grúas móviles en el muelle espigón existente;

Que, a través del documento s/n, recibido el 28 de diciembre de 2011, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN;

Que, con fecha 3 de abril de 2012, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal emitieron el Informe N° 004-12-GRE-GAL-OSITRAN, analizando la procedencia del inicio del procedimiento de interpretación de parte del Contrato de Concesión del TPP, a fin de determinar si la empresa concesionaria puede prestar en el TPP el servicio de uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente, en calidad de servicio especial;

Que, mediante Memorando N° 058-12-GG-OSITRAN, la Gerencia General solicitó a las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal, desarrollen la sustentación técnica-legal que respalde la opinión contenida en el Oficio N° 072-2011-GRE-OSITRAN;

Que, con fecha 24 de mayo de 2012, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal emitieron la Nota N° 003-12-GRE-GAL-OSITRAN, en atención al Memorando antes mencionado. Posteriormente, la Gerencia General efectuó algunos comentarios con relación al contenido del Informe N° 004-2012-GRE-GAL-OSITRAN y de la Nota N° 003-12-GRE-GAL-OSITRAN. Las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal hicieron suyos dichos comentarios y los incorporaron en el Informe N° 009-2012-GRE-GAL-OSITRAN;

Que, mediante Memorando N° 088-12-GG-OSITRAN del 13 de agosto de 2012, la Gerencia General señala que, a consideración de ese despacho, los argumentos para iniciar el procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión respecto de la prestación del servicio uso de grúa móvil, sustentados mediante el Informe N° 009-2012-GRE-GAL-OSITRAN, la Nota N° 003-2012-GRE-GAL-OSITRAN y el Informe N° 004-2012-GRE-GAL-OSITRAN, no son compatibles con lo señalado en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, Lineamientos), aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004;

Que, a través del escrito s/n, recibido con fecha 16 de enero de 2013, TPE solicita declarar la suspensión de los efectos del Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN, al no haberse emitido pronunciamiento respecto al recurso de reconsideración presentado;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN del 5 de febrero de 2013 y con base en lo señalado en el Informe N° 001-13-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 1 de febrero de 2013, se dispuso reconducir el recurso de reconsideración interpuesto por TPE contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN y disponer el inicio del procedimiento de interpretación de parte del



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Contrato de Concesión, con el objeto de determinar si TPE puede prestar o no el servicio de uso de grúa móvil en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial;

Que, el 6 de febrero del año 2013, mediante el Oficio Circular N° 005-13-SCD-OSITRAN, se puso en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de TPE, la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN;

Que, mediante el Oficio Circular N° 003-13-GRE-OSITRAN, del 14 de febrero del año 2013, se remitió para opinión la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a los terceros legítimamente interesados;

Que, con Oficio N° 004-13-GRE-OSITRAN recibido el 7 de febrero de 2013, se informó a TPE sobre la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN, indicándole al Concesionario que en tanto no concluya el procedimiento de interpretación, únicamente podrá cobrar la tarifa máxima que señala el Contrato de Concesión.

Que, con Carta N° 020-2013 TPE/GG del 8 de febrero de 2013, TPE manifiesta su disconformidad con lo señalado en el Oficio N° 004-13-GRE-OSITRAN, señalando que les corresponde cobrar el precio que fue planteado en el tarifario originalmente presentado a OSITRAN;

Que, entre el 14 de febrero y el 8 de marzo de 2013, CONUDFI, ASPPOR, la Cámara de Comercio y Producción de Piura y ASMARPE, remitieron sus opiniones sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN;

Que, mediante el Informe N° 018-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal realizaron el análisis respectivo, con el objeto de determinar si TPE puede prestar o no el servicio de uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial;

Que, teniendo en consideración el Informe N° 018-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo interpretó la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del TPP, disponiéndose su notificación al Concesionario a través del Oficio Circular N° 024-13-SCD-OSITRAN, con fecha 8 de mayo de 2013;

Que, con fecha 28 de mayo de 2013, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 018-2013-CD-OSITRAN y solicitó el uso de la palabra;

Que, con fecha 24 de junio de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el Consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra;

Que, con fecha 26 de junio de 2013, mediante Informe N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN recomiendan a este Consejo Directivo, declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN;

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe 023-13-GRE-GAL-OSITRAN, el cual se adjunta y forma parte del sustento y motivación de la presente



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Resolución, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;



SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, por los fundamentos contenidos en el Informe N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN, a Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.; así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, en el Diario Oficial El Peruano y, disponer la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.PD.Nº 18567 -13



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



INFORME N° 023-13-GRE-GAL-OSITRAN

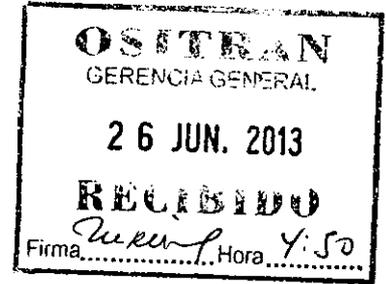
Para: **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)

De: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Asunto: Reconsideración contra la Resolución N° 018-2013-CD-OSITRAN

Fecha: 26 de junio de 2013



I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración parcial interpuesto por la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, TPE o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN que, en virtud de un procedimiento de oficio, interpreta la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario de Paita (en adelante, el Contrato de Concesión).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 9 de setiembre de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), en representación del Estado Peruano y a título propio, suscribió con TPE el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario de Paita (TPP).
3. El 16 de setiembre del año 2011, mediante la Carta N° 0115-11-TPE-GG, TPE incluye en su tarifario el servicio especial "Uso de Grúa Móvil" que se aplicará a todo tipo de carga. Este servicio sería brindado luego de la instalación de dos grúas móviles en el muelle espigón existente.

El 28 de setiembre del año 2011, mediante el Oficio N° 056-11-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación solicita al Concesionario la siguiente información:

- Precisar qué tipo de inversión constituye la adquisición de dos grúas móviles en el muelle espigón existente.
- Proporcionar el cronograma de ejecución de inversiones en las grúas, así como los costos relacionados y fechas de adquisición, instalación e inicio de operaciones de las mismas.

5. Mediante la Carta N° 0126-2011-GG, recibida el 4 de octubre de 2011, TPE remite la información solicitada mediante el Oficio N° 056-11-GRE-OSITRAN. El Concesionario sostiene que la adquisición de las grúas móviles debe considerarse como una inversión adicional en el marco del Contrato de Concesión.



6. Mediante Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN, notificado el 6 de diciembre de 2011, la Gerencia de Regulación señala lo siguiente:
- Las tarifas ofertadas en la propuesta económica del Concesionario permiten recuperar las inversiones mínimas y adicionales, las cuales tienen carácter obligatorio.
 - Las actividades de carga y descarga en el muelle espigón existente mediante la utilización de grúas móviles forman parte del servicio estándar.
 - El Anexo 5 del Contrato de Concesión, que establece las tarifas máximas que TPE cobrará por la prestación del servicio estándar, no distingue si este último se brinda con o sin grúas móviles en el muelle espigón existente.
7. A través del documento s/n, recibido el 28 de diciembre de 2011, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN.
8. Mediante el Oficio Circular N° 001-12-GRE-OSITRAN, del 6 de enero del año 2012, se remitió para opinión el Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) y a los terceros legítimamente interesados.
9. Posteriormente, mediante Carta CONUDFI 016-2012/GG, recibida el 30 de enero del año 2012, el Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional (CONUDFI) remitió su opinión al Recurso de Reconsideración mencionado anteriormente.
10. Con Oficio N° 282-2012-APN/GG, recibido el 9 de febrero de 2012, la Autoridad Portuaria Nacional remitió el Informe Legal N° 244-2012-APN/UAJ, conteniendo la opinión de dicha entidad sobre el recurso de reconsideración presentado por TPE.
11. Mediante Carta CONUDFI 023-2012/GG, recibido el 16 de febrero del año 2012, CONUDFI remitió un escrito ampliatorio de su posición respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN.
12. A través del Oficio N° 597-2012-MTC/25, recibido el 26 de marzo del año 2012, el MTC remitió copia del Oficio N° 282-2012-APN/GG, conteniendo la opinión de la APN respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN.
13. Con fecha 3 de abril de 2012, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal emitieron el Informe N° 004-12-GRE-GAL-OSITRAN, analizando la procedencia del inicio del procedimiento de interpretación de parte del Contrato de Concesión del TPP, a fin de determinar si la empresa concesionaria puede prestar en el TPP el servicio de uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente, en calidad de servicio especial.
14. Mediante Memorando N° 058-12-GG-OSITRAN, la Gerencia General solicitó a las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal, desarrollen la sustentación técnica-legal que respalde la opinión contenida en el Oficio N° 072-2011-GRE-OSITRAN.
15. Con fecha 24 de mayo de 2012, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal emitieron la Nota N° 003-12-GRE-GAL-OSITRAN, en atención al Memorando antes mencionado.



16. Posteriormente, la Gerencia General efectuó algunos comentarios con relación al contenido del Informe N° 004-2012-GRE-GAL-OSITRAN y de la Nota N° 003-12-GRE-GAL-OSITRAN. Las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal hicieron suyos dichos comentarios y los incorporaron en el Informe N° 009-2012-GRE-GAL-OSITRAN.
17. Mediante Memorando N° 088-12-GG-OSITRAN del 13 de agosto de 2012, la Gerencia General señala que, a consideración de ese despacho, los argumentos para iniciar el procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión respecto de la prestación del servicio uso de grúa móvil, sustentados mediante el Informe N° 009-2012-GRE-GAL-OSITRAN, la Nota N° 003-2012-GRE-GAL-OSITRAN y el Informe N° 004-2012-GRE-GAL-OSITRAN, no son compatibles con lo señalado en el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, Lineamientos), aprobados por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.
18. Por escrito s/n, recibido con fecha 16 de enero de 2013, TPE solicita declarar la suspensión de los efectos del Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN, al no haberse emitido pronunciamiento respecto al recurso de reconsideración presentado.
19. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN del 5 de febrero de 2013 y con base en lo señalado en el Informe N° 001-13-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 1 de febrero de 2013, se dispuso reconducir el recurso de reconsideración interpuesto por TPE contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN y disponer el inicio del procedimiento de interpretación de parte del Contrato de Concesión, con el objeto de determinar si TPE puede prestar o no el servicio de uso de grúa móvil en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial.
20. El 6 de febrero del año 2013, mediante el Oficio Circular N° 005-13-SCD-OSITRAN, se puso en conocimiento del MTC y del Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN.
21. Mediante el Oficio Circular N° 003-13-GRE-OSITRAN, del 14 de febrero del año 2013, se remitió para opinión la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN al MTC y a los terceros legítimamente interesados.
22. Con Oficio N° 004-13-GRE-OSITRAN recibido el 7 de febrero de 2013, se informó a TPE sobre la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN, indicándole a la empresa concesionaria que en tanto no concluya el procedimiento de interpretación, únicamente podrá cobrar la tarifa máxima que señala el Contrato de Concesión.
23. Posteriormente, con Carta N° 020-2013 TPE/GG del 8 de febrero de 2013, TPE manifiesta su disconformidad con lo señalado en el Oficio N° 004-13-GRE-OSITRAN, señalando que les corresponde cobrar el precio que fue planteado en el tarifario originalmente presentado a OSITRAN.
24. Entre el 14 de febrero y el 8 de marzo de 2013, CONUDFI, ASPPOR, la Cámara de Comercio y Producción de Piura y ASMARPE, remitieron sus opiniones sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2013-CD-OSITRAN.
25. Mediante el Informe N° 018-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal realizaron el análisis respectivo, con el objeto de



determinar si TPE puede prestar o no el servicio de uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial.

26. Teniendo en consideración el Informe N° 018-2013-GRE-GS-GAL-OSITRAN, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo interpretó la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del TPP, disponiéndose su notificación al Concesionario a través del Oficio Circular N° 024-13-SCD-OSITRAN, con fecha 8 de mayo de 2013.
27. Con fecha 28 de mayo de 2013, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 018-2013-CD-OSITRAN y solicitó el uso de la palabra.
28. Con fecha 24 de junio de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el Consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra.

III. ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

29. El Concesionario, mediante el Recurso de Reconsideración, ha impugnado parcialmente la Resolución N° 018-2013-CD-OSITRAN que interpretó los alcances de la cláusula 8.17 del Contrato.
30. Al respecto, TPE considera que el OSITRAN ha interpretado los términos de la cláusula 8.17 ilegalmente, excediendo sus funciones, al contravenir expresamente los términos del Contrato de Concesión y modificar sus disposiciones, por lo que solicitan la nulidad parcial de la mencionada Resolución, en el extremo que establece lo siguiente:

"Considerando que el servicio Estándar comprende todas las actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de los diferentes tipos de cargas y que este servicio debe prestarse con un nivel mínimo de calidad, debe señalarse que, hasta que no se alcance una demanda de 300 mil TEUs anuales, el "uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente (...) Forma parte del Servicio estándar cuando se atiendan naves sin grúas propias, debiendo TPE atender los diferentes tipos de cargas con los rendimientos de embarque o descarga establecidos en el Contrato de concesión y cobrar las correspondientes tarifas por los Servicios estándar señalado en el Anexo 5..."¹

31. En consecuencia, TPE impugna la Resolución N° 018-2013-CD-OSITRAN, en el extremo que resuelve que el uso de grúas móviles en el muelle espigón existente constituye un Servicio Estándar, en aquellos casos en los que se atiendan a naves sin grúas propias y cuando dicha atención ocurra durante el período que culminará cuando alcance una demanda de 300 000 TEU anuales.
32. A fin de emitir un pronunciamiento sobre la admisibilidad y procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE, se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:

III.1. Análisis sobre la Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

Tercer párrafo del Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE con fecha 28 de mayo de 2013.



III.2. Análisis sobre la Procedencia del Recurso de Reconsideración

III.2.1. Sobre el marco legal aplicable al contrato de concesión y la facultad de interpretación del OSITRAN

III.2.2. Sobre la interpretación realizada por el OSITRAN

III.2.3. Sobre la vulneración del derecho constitucional a la igualdad de TPE

III.1 ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

33. Los recursos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En efecto, el numeral 1 del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece la facultad de contradicción frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, la misma que procede a través de los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión señalados en el numeral 1 del artículo 207° del mismo cuerpo normativo.

34. Asimismo, los numerales 2 y 3 del artículo 206° establecen que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión; disponiéndose que la contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo, imposibilitando además la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

35. Por su parte, el artículo 208° de la Ley de Procedimiento Administrativo General prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

36. Con relación al recurso de reconsideración, según MORÓN URBINA *"El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, (...) Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido para evitar el control posterior del superior"*².

37. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 207.2 del artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios.



² Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina, en la obra "Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", al referirse al artículo 207°- Recursos administrativos de la Ley Nro. 27444, afirma que "Resulta consustancial a la naturaleza del recurso que sea planteado por el administrado (...) por cuanto para contradecir es necesario sustentar que la decisión ocasiona un agravio al interesado."

38. En concordancia a lo antes señalado, el artículo 73 del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2001-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), establece que frente a las Resoluciones que aprueben la fijación, revisión o desregulación de Tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, y frente a las resoluciones tarifarias que pongan fin al procedimiento desestimando la fijación, revisión o desregulación correspondiente; las Entidades Prestadoras o las Organizaciones Representativas de Usuarios, podrán interponer recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo del OSITRAN. Se dispone que dicho recurso podrá ser interpuesto dentro de los quince (15) días posteriores a la fecha de recepción de la notificación correspondiente, conforme a lo establecido en la LPAG.
39. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer los recursos administrativos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto³.
40. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
- ✓ Que se dirija contra un acto definitivo que ponga fin a la instancia y/o los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.
 - ✓ Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - ✓ Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - ✓ Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - ✓ Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - ✓ Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sea autorizado por letrado.

41. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN.

- a) La Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, que interpreta la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, fue emitida por el Consejo Directivo, quien ejerce de manera exclusiva la función de interpretación de contratos. En virtud a lo establecido en el literal e) de la Ley N° 26917 – Ley de creación del OSITRAN⁴ y el literal d) del artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN,



³ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

"212.- Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)".

⁴ Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

"Artículo 7.- Funciones

*7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:
(...)"*



aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración a que se alude en el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin de que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el primer, segundo y tercer requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.

- b) Conforme lo establece el numeral 1 del artículo 133° de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que TPE fue notificada con la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, el 8 de mayo de 2013, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 29 de mayo de 2013, siendo el 28 de mayo de 2013 el día en que se presentó el recurso al OSITRAN; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207° de la LPAG. En consecuencia, el cuarto requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.
- c) TPE tiene legítimo interés en el tema materia de Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, que interpreta la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión. Por tanto, tiene el derecho de interponer los recursos de reconsideración en contra del referido acto administrativo. En consecuencia, el quinto requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.

- 42. El Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE, presentado el 28 de mayo de 2013, consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, debe considerarse que el Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la LPAG; cumpliéndose así con el sexto requisito exigido para la interposición del mismo.



III.2. ANÁLISIS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

III.2.1. Sobre el marco legal aplicable al contrato de concesión y la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión del OSITRAN

- 43. En el numeral II) de su Recurso de Reconsideración, TPE solicita que la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN sea declarada nula, argumentando que el OSITRAN habría pretendido efectuar una modificación arbitraria y unilateral de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión y del alcance de los servicios y actividades comprendidas dentro del Servicio Estándar, lo que implicaría una modificación encubierta al Contrato de Concesión por parte del OSITRAN, mediante el ejercicio excesivo de la facultad de interpretación de los contratos.⁵



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

⁵ Puntos 2.4 a 2.7 del Recurso de Reconsideración interpuesto.

44. Teniendo en consideración lo señalado por TPE, se procederá a realizar un análisis sobre el marco legal aplicable al Contrato de Concesión relacionado particularmente a la facultad de interpretación de los contratos por parte de OSITRAN.
45. El artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece como una de sus funciones la de interpretar los contratos de concesión:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

(...)"

46. Adicionalmente, la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión establece que, el Concesionario declara conocer las "Leyes y Disposiciones Aplicables" y precisa que el Contrato de Concesión se registrará e interpretará de acuerdo a ellas:

"LEY APLICABLE

16.1 El Contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, expresa que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se registrarán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer."

[El subrayado es nuestro]

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

"Artículo 168.- Interpretación objetiva

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

Artículo 169.- Interpretación sistemática

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

Artículo 170.- Interpretación integral

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



48. Sobre el particular, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos "... tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión..."



49. De esta manera, en el ítem 6.1 de los Lineamientos se establece lo siguiente:

"Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir... su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por



comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)"

50. En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. 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.
51. Cabe tener presente que, conforme lo señala **Barchi Velaochaga**⁶, por interpretación debemos entender a aquella "(...) *operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como 'voluntad común' de una determinada regulación contractual*". Para tal efecto, precisa que:

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

52. En el mismo sentido, **Vidal Ramírez** agrega que:

"(...) la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'. Para ello, el interprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe".

53. Así, se interpreta un contrato con la finalidad de determinar, utilizando los respectivos métodos, cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, aceptando en todo momento que las partes adoptaron su contenido actuando de buena fe, todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación.
54. Precisamente debe tenerse presente que la regla hermenéutica más importante del régimen del Código Civil sobre los contratos es la que manda al intérprete ceñirse al criterio de "buena fe". En efecto, el Artículo 1362º del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"

55. En virtud de ello, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil.
56. Por otra parte, el Contrato de Concesión ha establecido en sus cláusula 16.3 a 16.9 los siguientes criterios de interpretación:

⁶ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p.1768.

⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: Op. Cit. Tomo II. p. 1649.



- En caso de divergencia en la interpretación del 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
 - Los plazos establecidos se computarán en días, meses o años según corresponda.
 - Los títulos contenidos en el Contrato tienen únicamente el propósito de identificación y no deben ser considerados como parte del Contrato, para limitar o ampliar su contenido ni para determinar derechos y obligaciones de las Partes.
 - Los términos en singular incluirán los mismos términos en plural y viceversa. Los términos en masculino incluyen al femenino y viceversa.
 - El uso de la disyunción “o” en una enumeración deberá entenderse que comprende exclusivamente a alguno de los elementos de tal enumeración.
 - El uso de la conjunción “y” en una enumeración deberá entenderse que comprende a todos los elementos de dicha enumeración o lista.
 - Todos aquellos ingresos, costos, gastos y similares a que tenga derecho el Concesionario por la prestación de los servicios deberán ser cobrados en la moneda que corresponda conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables y a los Términos del Contrato.
57. Conforme a lo señalado por Gutiérrez⁸, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, en el presente caso recogidos a su vez por los Lineamientos, se constituyen en normas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

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

58. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios de interpretación establecidos por los Lineamientos de OSITRAN, deben tenerse en consideración de manera complementaria los criterios establecidos en las cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión, en tanto resulten aplicables.
59. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil⁹, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco

⁸ GUTIERREZ CAMACHO, Walter: “Interpretación del Acto Jurídico”, EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.

⁹ Conforme a la doctrina mayoritaria, en virtud de las materias que aborda, el Título Preliminar del Código Civil resulta de aplicación a todo el ordenamiento jurídico peruano y no exclusivamente al ámbito de derecho privado.



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

*"Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico
Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres."*

60. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión, asignada a OSITRAN, queda claro que:
- i) El contrato se interpretará de acuerdo a las "Leyes y Disposiciones Aplicables" (Cláusula 16.1)
 - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en los Lineamientos como en el Contrato de Concesión.
 - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - iv) Los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.
61. En virtud de lo expuesto, la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual el OSITRAN interpretó la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, fue emitida al amparo del marco normativo aplicable al Contrato de Concesión, motivo por el cual el ejercicio de la función de interpretación de contratos de concesión, no puede considerarse como una modificación directa o indirecta de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión, sino como una interpretación siguiendo métodos de interpretación previstos legal y contractualmente, entre ellos principalmente el método de interpretación sistemática.

III.2.2. Sobre la interpretación realizada por el OSITRAN

A. Acerca de la relación entre Servicios e Inversiones

62. Al respecto, el Concesionario señala en su Recurso de Reconsideración lo siguiente:

"El Contrato de Concesión también establece que TPE Paita podrá desarrollar dos tipos de servicio. Así, el Contrato distingue dos tipos de servicio, los Servicio Estándar, prestados con un equipamiento obligatorio que forma parte de las Obras Mínimas y que se prestan a cambio de una tarifa regulada (que sólo considera los costos incurridos para la prestación de dicho servicio), y adicionalmente, considera los Servicios Especiales, que pueden ser prestados, además de con las Obras Mínimas, con equipamiento y obras derivadas de la Inversión Adicional, y a cambio, de un precio (que precisamente permitirá al Concesionario recuperar los mayores costos asumidos)" [El subrayado es nuestro]

63. La interpretación de TPE implicaría que los Servicios Especiales deben prestarse con Inversiones Adicionales exclusivamente, situación que no es consistente con lo que se observa en la realidad. En efecto, hasta la fecha el Concesionario solo ha realizado inversiones mínimas en el TPP (con excepción de obras de dragado y la adquisición de las grúas móviles); sin embargo brinda Servicios Especiales que representan alrededor del 30% de sus ingresos totales (ver Cuadro N°1).



Cuadro N° 1
Ingresos de TPE según tipo de Servicios, 2010-12

AÑO	SERVICIOS				TOTAL
	Estándar		Especial		
	USD	%	USD	%	
2010	12 798 365,69	79,83	3 234 199,08	20,17	16 032 564,77
2011	13 930 350,41	70,08	5 946 925,04	29,92	19 877 275,46
2012	16 189 242,42	65,38	8 571 566,98	34,62	24 760 809,40
TOTAL	42 917 958,52	70,74	17 752 691,10	29,26	60 670 649,62

Fuente: TPE.

Elaboración Gerencia de Regulación del OSITRAN.

64. Por otro lado, no existe alguna cláusula en el Contrato de Concesión que establezca que el Servicio Estándar debe ser prestado mediante la ejecución de Obras Mínimas, el citado contrato solo establece los alcances de los Servicios Estándar desde un punto de vista operativo portuario, no existe alguna cláusula en el Contrato de Concesión que establezca que el Servicio Estándar debe ser prestado mediante la ejecución de Obras Mínimas.
65. En ese sentido, el Concesionario está en libertad de seleccionar o elegir el tipo de tecnología con el cual brindará dicho servicio (sea esta tecnología una que se ejecuta a través de una obra mínima o de una obra adicional), siempre y cuando cumpla con los requerimientos mínimos establecidos en el Contrato de Concesión. Precisamente, en el párrafo 2.3 del Recurso de Reconsideración, el propio Concesionario señala que *"en ejercicio de la libertad para la organización de la explotación de la Concesión reconocida a favor de TPE Paita, se ofrezca un servicio superior al actualmente existente, mediante la utilización de las referidas grúas móviles"*. Es decir, como se señala en el propio Recurso de Reconsideración, el Concesionario reconoce que está facultado a seleccionar el tipo de tecnología que le será más conveniente implementar en el TPP para prestar los servicios portuarios.
66. Ello es consistente, además, con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al regulador es evaluar si la actividad desplegada por el concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permite obtener ese resultado. En otras palabras, bajo este esquema, no existe especificación alguna sobre los medios a emplearse para obtener el resultado deseado¹⁰
67. Por último, es necesario señalar que la concepción de los Servicios Estándar es la de cadena logística, es decir, un conjunto de actividades que permiten completar el proceso de embarque y descarga en el TPP. El argumento del Concesionario implicaría que cada vez que este realice una Inversión Adicional, el servicio relacionado a dicho equipamiento debería considerarse un Servicio Especial. Ello desvirtúa el concepto de Servicios Estándar como cadena logística, el mismo que es independiente del tipo de equipo que se utilice.



¹⁰ Ver: COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) *"Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals"*, Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.

68. Adicionalmente, aceptar el argumento del Concesionario iría en contra del Contrato de Concesión, el cual claramente establece en la Cláusula 8.17 que el Concesionario no puede brindar de forma separada o parcial los servicios que forman parte del Servicio Estándar:

"Los Usuarios no podrán exigir al CONCESIONARIO la prestación separada o parcial de uno o más de los servicios que forma parte de los Servicios Estándar" [El subrayado es nuestro].

En efecto, en el supuesto negado que el uso de las grúas móviles fuera calificado como Servicio Especial, entonces se podría dar el caso que el Usuario termine pagando dos veces por el mismo concepto. Es decir, el Usuario pagaría la tarifa por Servicios Estándar (que incluye el embarque y el desembarque de carga) más el precio por el Servicio Especial de uso de grúas móviles (que también es embarque y desembarque de carga).

69. En consecuencia, la interpretación que propone el Concesionario en el sentido que el servicio de uso de grúas móviles constituye un Servicio Especial, no es consistente no solamente con una interpretación sistemática del Contrato, sino además con el principio de buena fe.
70. Como hemos señalado anteriormente, la regla hermenéutica más importante del régimen en materia de interpretación de contratos es la que manda al intérprete ceñirse al criterio de "buena fe".
71. Sobre el concepto de buena fe, conviene tener presente lo señalado por el profesor **Franzoni**, quien señala que:

*"... Esta cláusula [la Buena Fe], en efecto, no sólo delimita derechos y deberes de las partes", sino que "requiere un compromiso de solidaridad que va más allá, y que obliga a cada una de las partes a tener en cuenta el interés de la otra, con prescindencia de determinadas obligaciones contractuales o extracontractuales"*¹¹.

72. Asimismo, el profesor **Díez – Picazo** define la buena fe en los siguientes términos:

*"Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe"*¹².



¹¹ FRANZONI, Máximo. "La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato". En: "Estudios sobre el Contrato en General". Ara Editores. Lima. 2003. p. 653.

¹² DÍEZ – PICAZO, Luis. En: Prólogo del libro "El Principio General de la Buena Fe" de Franz Wieacker. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1982 p. 12.

73. Como se puede advertir, la noción de buena fe atraviesa todo el *iter* contractual, por cuanto la lealtad y buena fe objetiva representan un comportamiento que no sólo se espera en determinado momento sino que debe ser permanente, tanto en la etapa de negociación como en la de celebración y ejecución del contrato.

Por tanto, una interpretación de buena fe conlleva a considerar que el uso de las grúas móviles no puede ser calificado automáticamente como un Servicio Especial, pues ello no solamente iría contra la común intención de las Partes, que han establecido claramente que el Concesionario no puede brindar de forma separada o parcial los servicios que forman parte del Servicio Estándar, sino que además se generaría un efecto no previsto ni deseado por las partes que consistiría en obligar al Usuario a que pague la tarifa por Servicios Estándar (que incluye el embarque y el desembarque de carga) más el precio por el Servicio Especial de uso de grúas móviles (que también es embarque y desembarque de carga).

B. Con respecto al financiamiento de las Grúas Móviles

74. El Concesionario señala lo siguiente en su Recurso de Reconsideración:

"Esto, nuevamente, conforme al Contrato de Concesión, constituye una inversión para la prestación del Servicio Especial -claramente fuera del contenido del Servicio Estándar- que, como tal, debe ser retribuida al Concesionario a través de un precio que garantice la recuperación de dicha inversión, a efectos de no perturbar el esquema económico de la concesión."

75. El Concesionario sostiene que el Regulador modifica el esquema económico del Contrato de Concesión, lo cual pondría en severo peligro la operación del TPP. Dicha afirmación se encontraría sustentada en el hecho que, de acuerdo al Concesionario, la inversión en las grúas móviles debe ser retribuida a través de un precio.

76. Sobre el particular, debe mencionarse que la inversión en las grúas móviles realizada por el Concesionario sí será retribuida, ya que el Concesionario podrá cobrar un precio por la prestación del Servicio Especial cuando atienda naves con grúas propias y también una podrá cobrar la tarifa correspondiente a los Servicios Estándar para el caso de aquellas naves sin grúas propias para carga contenerizada.

77. En efecto, las grúas móviles permitirán al Concesionario satisfacer una demanda proveniente de naves que, a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, no tenía previsto atender durante la etapa 1 y que constituyen una nueva fuente de ingresos para el Concesionario.¹³

78. Adicionalmente, las grúas móviles podrán ser utilizadas por el Concesionario para descargar y embarcar carga no contenerizada, lo cual también será otra fuente de



¹³ De acuerdo a lo señalado en la sección 8.1.2 de la Propuesta Técnica del Concesionario:

"8.1.2. Servicio de movilización de contenedores

(...)

8.1.2.1 Muelle existentes (2009 – 2012)

Durante el periodo en el que no está en funcionamiento el Nuevo Muelle de Contenedores, la manipulación de estos se realizará utilizando las propias grúas de los navíos. (...)"



ingresos que le permitirá financiar la inversión realizada en las grúas móviles. De acuerdo a Ramos (2012):

"Las grúas móviles LIEBEHERR LHM 550, corresponden a grúas móviles portuarias, idóneas para uso en operaciones portuarias tanto para el servicio a la carga en contenedores mediante un spreader, como para carga a granel sólido (cereales, fertilizantes) mediante una cuchara, cargas de proyecto y carga fraccionada mediante un gancho."¹⁴

En este contexto, estas grúas se podrían utilizar en la prestación del servicio de embarque y descarga de carga de proyecto, servicio por el cual el Concesionario está facultado a cobrar un precio, tal y como se desprende de su tarifario (Servicio Especial Manipuleo de cargas especiales o sobredimensionadas en Figura N°1).

Figura N°1
Servicios Especiales para Carga General o Fraccionada en TPE
(tarifario vigente a partir del 01/01/2013)

SERVICIOS ESPECIALES - OTROS			
Movilización extra - a solicitud del cliente o autoridad competente	Ton.	5.00	13.35
Pesaje adicional (no incluye movimiento extra)	Camion	20.00	53.40
Uso de Guía	Hora	A Tratar	
Manipuleo de cargas especiales o sobredimensionadas	Unidad	A Tratar	
Limpieza de Muelle	Ton.	0.80	2.14
Servicios especiales de trabajo en frío	Ton.	A Tratar	
Tarja electrónica	BL	30.00	80.10
Anulación o cambio de factura	factura	12.00	32.04
Personal para Manteo de Totvas	Jornada	60.00	160.20

Fuente: TPE.

III.2.3. Sobre la vulneración del derecho constitucional a la igualdad de TPE

79. El Concesionario sostiene que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, el Regulador habría efectuado un trato diferenciado con respecto a lo que se resolvió mediante Resolución N° 11-2013-CD-OSITRAN, en la que se determina la tarifa máxima del servicio especial por embarque/descarga de carga de proyecto prestado por la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante APMT). En efecto, en opinión del Concesionario, el mencionado servicio constituiría un "caso sustancialmente igual"¹⁵.
80. Al respecto, cabe precisar que el Regulador no ha realizado "trato diferenciado" alguno, tal y como lo sostiene el Concesionario. La razón es que, tal como se mencionó anteriormente, el Concesionario oferta en su tarifario vigente el Servicio de Manipuleo de cargas especiales o sobredimensionadas, el mismo que es tratado como un Servicio Especial, es decir, el Concesionario puede fijar un precio. En ese sentido, el Concesionario puede ofertar este servicio con grúa móvil o sin grúa móvil, eso dependerá de los criterios técnicos con los cuales procese este tipo de carga en el TPP.
81. En consecuencia, como en el caso de APMT, el Concesionario está facultado a brindar este servicio de embarque y descarga de carga de proyecto con grúa o sin grúa. En ambos casos, el servicio es brindado como Servicio Especial; siendo la única diferencia que en el caso del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao el Concesionario cobra una tarifa fijada por OSITRAN, mientras que en el TPP se cobra un

¹⁴ RAMOS MARTÍNEZ, A. (2012). *Supervisión, Control de Pruebas y Seguimiento de la obra denominada "Instalación de dos (02) grúas móviles" en el Terminal Portuario de Paita*. Informe final preparado para la Gerencia de Supervisión de Ositran. Diciembre de 2012.

¹⁵ Párrafo 3.2 del Recurso de Reconsideración presentado por TPE.



precio. Por consiguiente, OSITRAN aplica el mismo criterio para el mismo servicio, la única diferencia se da en los esquemas de regulación tarifaria que están establecidos en los Contratos de Concesión.

82. Asimismo el Concesionario señaló lo siguiente:

"En consecuencia, en el caso de APM Terminals, a pesar de tratarse de una actividad -el embarque y descarga- comprendida dentro del servicio estándar, OSITRAN ha reconocido que deben remunerarse los costos incrementales no previstos en la tarifa original, lo cual se realiza a través de reconocer este adicional como un Servicio Especial". [El subrayado es nuestro]

83. Cabe precisar que la tarifa de embarque y desembarque de carga proyecto en APMT incluye todo el servicio de tratamiento especial a este tipo de carga (es decir, toda la cadena logística), servicio que no se encuentra incluido en el Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao. Para ello el Regulador distinguió entre los dos componentes del costo por atención de la carga de proyecto –la porción nave de la tarifa estándar a la carga fraccionada y la tarifa especial por embarque y descarga de carga de proyecto–, de manera que el proceso de fijación tarifaria fue aplicado únicamente a este último componente.
84. Por el contrario, el Concesionario del TPP pretende cobrar un precio por el uso de grúa móvil para el embarque y descarga de carga, aún cuando en el Contrato de Concesión del TPP sí se encuentran definidos todos los servicios que se requieren para poder completar los procesos de embarque y descarga.

IV. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

1. La Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual el OSITRAN interpretó la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, fue emitida al amparo del marco normativo aplicable al Contrato de Concesión, siguiendo primordialmente el método de interpretación sistemático. Dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
2. La calificación de un servicio como Estándar o Especial necesariamente incluye el análisis de criterios operativos portuarios y no un análisis referente a si la prestación del servicio usa infraestructura y equipamiento portuario cuya procedencia es una inversión mínima o una inversión adicional. El propio Concesionario reconoce que la asociación entre Servicios e Inversiones no es correcta cuando señala que los Servicios Especiales pueden ser brindados con Obras Mínimas y con obras derivadas de las Inversiones Adicionales.
3. La inversión en las grúas móviles realizada por el Concesionario sí le será retribuida debido a que el Concesionario podrá cobrar un precio por la prestación del Servicio Especial cuando atienda naves con grúas propias, sino que también podrá cobrar una tarifa por los Servicios Estándar prestados a naves sin grúas propias para carga contenerizada. Adicionalmente, las grúas móviles podrán ser utilizadas por el Concesionario para descargar y embarcar carga no contenerizada y para brindar Servicios Especiales como el servicio de embarque y descarga de carga de proyecto.



4. La interpretación realizada por OSITRAN no implica el inicio de una modificación contractual. El uso de las grúas móviles en naves sin grúa propia forma parte del Servicio Estándar debido a que sin estos equipos no es posible realizar el proceso de embarque y descarga de carga. En el Contrato de Concesión se establece claramente que el Concesionario no puede brindar de forma separada o parcial los servicios que forman parte del Servicio Estándar.
5. El Regulador no ha realizado ningún "trato diferenciado" con relación al Servicio Especial de Embarque/descarga de carga de proyecto brindado por APMT puesto que el Concesionario oferta en su tarifario vigente el Servicio de Manipuleo de cargas especiales o sobredimensionadas, el mismo que es tratado como un Servicio Especial y por el cual el Concesionario puede cobrar un precio.

V. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes mencionadas, se recomienda al Consejo Directivo de OSITRAN declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TPE contra la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-CD-OSITRAN.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal


BENJAMIN DE LA TORRE LASTARRIA
Jefe de Regulación

BDLT/MDLC/Jbch
REG.SAL. 17829-13