



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0048-2021-CD-OSITRAN

Lima, 06 de octubre de 2021

### VISTOS:

El Informe Conjunto N° 00125-2021-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) de fecha 6 de octubre 2021, emitido por las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica del Ositrán; y,

### CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de mayo de 2011, el Estado de la República del Perú (en adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en adelante, MTC), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) y la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMTC o Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, con fecha 23 de setiembre de 2021, mediante Carta N° 0669-2021-APMTC/LEG recibida el 23 de septiembre de 2021, el Concesionario presentó al Ositrán una consulta, respecto a si es posible que APMTC adquiera Equipamiento Portuario y ejecute Obras que forman parte de las Obras en función a la demanda (Etapa 3), como adelanto de inversiones, a fin de atender el servicio de la carga contenedorizada;

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, (Ley de Creación de Ositrán), otorga al Ositrán la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

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

Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 de los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión (en adelante, los Lineamientos), aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre del 2004, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión. Así, según el artículo 6.1 de los mencionados Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre del 2019, el Consejo Directivo del Ositrán declaró Precedente Administrativo de observancia obligatoria que el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio. En ese sentido, el Organismo Regulador puede tomar conocimiento de la existencia de indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a través de comunicaciones de las partes o de sus propios órganos; sin embargo, la facultad de determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del

Firmado por:  
ZAMBRANO  
COPELLO Rosa  
Veronica FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 07/10/2021  
10:47:46 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan  
Carlos FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 07/10/2021 10:42:52 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FIR 07720411 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 07/10/2021 10:36:09 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John  
Albert FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 06/10/2021 18:43:48 -0500



procedimiento de interpretación, en el presente caso, corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo del Ositrán como órgano competente para interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos, conclusiones y recomendaciones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 747-2021-CD-OSITRAN de fecha 06 de octubre de 2021, y sobre la base del Informe Conjunto N° 00125-2021-IC-OSITRAN (GSF-GAJ);

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación del noveno párrafo de la cláusula 6.4 y el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

**Artículo 2°.-** Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00125-2021-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a APM Terminals Callao S.A.

**Artículo 3°.-** Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe Conjunto N° 00125-2021-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), en el Portal Institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano ([www.gob.pe/ositran](http://www.gob.pe/ositran)).

**Artículo 4°.-** Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Regístrese, comuníquese y publíquese

**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2021090457

**INFORME CONJUNTO N° 00125-2021-IC-OSITRAN  
(GSF-GAJ)**

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**  
Gerente General

Asunto : Sustento de la necesidad de iniciar el procedimiento de interpretación del noveno párrafo de la Cláusula 6.4 y del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

Referencia : Carta N° 669-2021-APMTC/LEG del 23/09/2021

Fecha : Lima, 06 de octubre de 2021

Firmado por: VEGA VASQUEZ John Albert FAU 20420248645 hard Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:34:50 -0500

Firmado por: SHEPUT STUCCHI Humberto Luis FIR 07720411 hard Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 06:27:30 -0500

**I. OBJETO**

1. El objeto del presente informe, conforme se desarrolla en el análisis técnico, es sustentar la necesidad de iniciar el procedimiento de interpretación del noveno párrafo de la Cláusula 6.4 y del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

**II. ANTECEDENTES**

2. Con fecha 11 de mayo de 2011, el Estado de la República del Perú (en adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en adelante, MTC), actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) y la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMTC o Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, Contrato de Concesión).
3. Mediante Carta N° 1027-2015-APN/GG/DITEC de fecha 30 de diciembre de 2015, la APN responde la solicitud de confirmación del Concesionario, realizada mediante Carta N° 626-2015-APMTC-GG de fecha 30 de noviembre de 2015, respecto a la viabilidad de ejecución de una nueva etapa en el Terminal Norte Multipropósito (Etapa 2-A).
4. Mediante Carta N° 0669-2021-APMTC/LEG recibida por el Ositrán el 23 de septiembre de 2021, el Concesionario presentó al Ositrán una consulta, respecto a si es posible que APMTC adquiriera Equipamiento Portuario y ejecute Obras que forman parte de las Obras en función a la demanda (Etapa 3), como adelanto de inversiones, a fin de atender el servicio de la carga contenedorizada.

Visado por: VENTURI MOQUILLAZA Angela Rita FAU 20420248645 soft Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 08:04:13 -0500

Visado por: ALVAREZ ESTRADA Luis Eduardo FAU 20420248645 soft Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 07:46:02 -0500

**III. ANÁLISIS**

**A. Análisis Jurídico<sup>1</sup>**

**(i) Facultad del Ositrán en materia de interpretación contractual**

5. De conformidad con lo establecido en el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de Creación del Ositrán), es función principal del Regulador interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación:

Visado por: RODRIGUEZ MARTINEZ Antonio Michael FIR 09461356 hard Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:54:12 -0500

Visado por: VENEGAS DELGADO Claudia Elizabeth FAU 20420248645 soft Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:41:33 -0500

Visado por: AGUILAR GAMIO Fidel Everth FAU 20420248645 hard Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:38:19 -0500

Visado por: VILCAPOMA VIRRUETA Hanz Joel FAU 20420248645 soft Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:33:18 -0500

Visado por: ALIAGA CALDERON Carlos Ricardo FAU 20420248645 hard Motivo: Firma Digital Fecha: 06/10/2021 00:32:52 -0500

<sup>1</sup> Elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica.

**“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.

(...)”

[Subrayado agregado]

6. En esa línea, el artículo 29 del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, el REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo del Regulador interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la infraestructura, determinando el sentido de una o más cláusulas a fin de hacer posible su aplicación:

**“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, (...).

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.”

[Subrayado agregado]

7. En ese mismo sentido, el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (en adelante, el ROF), dispone que es una función del Consejo Directivo del Ositrán interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales, las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación:

**“Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo**

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, 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 – Metro de Lima y Callao;”

[Subrayado agregado]

8. Como puede observarse, el marco normativo vigente ha establecido que Ositrán, a través de su Consejo Directivo, tiene entre sus funciones administrativas la de interpretar los Contratos de Concesión.
9. De acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 de los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión (en adelante, los Lineamientos), aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión.<sup>2</sup> Así, según el artículo 6.1 de los mencionados Lineamientos, la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.

---

<sup>2</sup> **Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión**

**“4. DEFINICIONES**

**4.1 Interpretación**

**Aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión.”**

10. Cabe indicar que, mediante Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2019, el Consejo Directivo del Ositrán declaró Precedente Administrativo de observancia obligatoria que el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio.<sup>3</sup> En ese sentido, el Regulador puede tomar conocimiento de la existencia de indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a través de comunicaciones de las partes o de sus propios órganos; sin embargo, la facultad de determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación, en el presente caso, corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo del Ositrán como órgano competente para interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
11. De esta forma, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente.
12. En este orden normativo, en cumplimiento de una de las funciones principales atribuidas a este Organismo Regulador, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, el Ositrán cuenta con facultades que le permiten interpretar de oficio el Contrato de Concesión.
13. Por lo tanto, es competencia del Ositrán, a través del Consejo Directivo, determinar el inicio del procedimiento de interpretación siempre que se exista indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión.
14. Adicionalmente, en el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio de oficio a dicho procedimiento de interpretación contractual, deberá informar su decisión al Concedente, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Sociedad Concesionaria y deberá difundir dicha decisión en el Portal Institucional y en el Diario Oficial “el Peruano”; todo ello, en virtud del “Principio de Participación” previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), que obliga a las entidades a extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión, lo cual, a su vez, es concordante con el Principio de Transparencia establecido en el numeral 5.4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> “Artículo 3°. - Declarar como Precedente Administrativo de observancia obligatoria lo señalado en los numerales 26 al 36 de la presente Resolución, en relación a que, a partir del presente caso, el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio.”

<sup>4</sup> **TUO de la LPAG**, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

**“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

- 1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

[Subrayado agregado]

<sup>5</sup> **Aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN**

**“5.4 Transparencia**

Las solicitudes de interpretación, modificación o reconversión de los contratos deberán ser difundidas a los legítimamente interesados, a efectos que puedan opinar respecto de las mismas. Las partes podrán guardar reserva sobre la información que se presente, más no sobre el contenido general de la solicitud de modificación. Asimismo, serán difundidos los resultados de la evaluación de procedencia y la opinión técnica que se expida en relación a dichas solicitudes, a efectos de que los agentes legítimamente interesados puedan conocer el accionar de

(ii) **Disposiciones contractuales objeto de análisis**

15. Las cláusulas objeto de análisis son el noveno párrafo de la cláusula 6.4 y el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, las cuales señalan lo siguiente:

*“6.4 Para efectos de lo dispuesto en la Cláusula 6.2, se considera que la ejecución de las Obras comprende las siguientes Etapas:  
(...)”*

*Las Obras indicadas en las Etapas 3 a la 6 antes mencionadas, se podrán desarrollar en el orden que la SOCIEDAD CONCESIONARIA estime conveniente, siempre y cuando no afecte la operatividad del Terminal Portuario del Callao ni el cumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad exigidos.  
(...)”*

**“ANEXO 9**

**Apéndice 1.- OBRAS INICIALES Y OBRAS EN FUNCIÓN A LA DEMANDA**

**I. DEFINICIÓN**

(...)

**OBRAS EN FUNCIÓN A LA DEMANDA**

*Cada una de las siguientes Etapas de las Obras en función a la demanda, durará veinticuatro (24) meses aproximadamente, salvo la Etapa 6, en caso la SOCIEDAD CONCESIONARIA opte por su ejecución en el plazo establecido en la Cláusula 6.4.*

*Para efectos de verificar que se ha alcanzado el nivel de demanda que genera la obligación de Fa Construcción de cada Etapa, se considerará un periodo de doce (12) meses contados a partir del inicio de Explotación de la Concesión.*

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá llevar a cabo las Obras en función a la demanda, siempre y cuando el nivel de demanda anual previsto en el presente Contrato para efectos de la ejecución de cada Etapa se alcance antes del inicio del año (20) de la Concesión.*

**Etapa 3**

*Las Obras de la Etapa 3 se iniciarán dentro de los 6 meses posteriores de cumplirse una demanda de 1.00 millón de TEU's anual en el Terminal Norte Multipropósito. Sin perjuicio de ello, el inicio de la Construcción de la Etapa 3 no será exigible en tanto no haya finalizado la Construcción de la Etapa anterior.  
(...)”*

**Etapa 4**

*Las Obras de la Etapa 4 se iniciarán dentro de los 6 meses posteriores de cumplirse una demanda de 1.3 millones de TEU's anual en el Terminal Norte Multipropósito. Sin perjuicio de ello, el inicio de la Construcción de la Etapa 4 no será exigible en tanto no haya finalizado la Construcción de la Etapa anterior.  
(...)”*

**Etapa 5**

*Las Obras de la Etapa 5 se iniciarán dentro de los 6 meses posteriores de cumplirse una demanda de 1.5 millones de TEU's anual en el Terminal Norte Multipropósito. Sin perjuicio de ello, el inicio de la Construcción de la Etapa 5 no será exigible en tanto no haya finalizado la Construcción de la Etapa anterior.  
(...)”*

**B. Análisis Técnico<sup>6</sup>**

---

OSITRAN. Finalmente, una vez suscrita la respectiva adenda al Contrato de Concesión motivada por las solicitudes de renegociación o reconversión, las mismas deberán ser difundidas.”

[Subrayado agregado]

<sup>6</sup> Elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

(i) **Consulta realizada por el Concesionario**

16. Mediante la Carta N° 669-2021-APMTC/LEG recibida por el Ositrán el 23 de septiembre de 2021, el Concesionario realizó la siguiente consulta al Regulador: “¿Es posible que APMTC adquiera Equipamiento Portuario y ejecute Obras que forman parte de las Obras en función a la demanda (Etapa 3), como adelanto de inversiones, a fin de atender el servicio de la carga contenedorizada?”. En el referido escrito el Concesionario efectuó una lectura sistemática de la cláusula 6.4 y el anexo 9 del Contrato de Concesión, precisando lo siguiente:

“(…)

1. Contexto

- *Dentro de este contexto y con el propósito de buscar una solución en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional, APMTC está evaluando realizar la adquisición de Equipamiento Portuario y la ejecución de Obras cuyo objetivo es mejorar la operatividad de los muelles de contenedores del TNM y así, según ha sido indicado en la introducción de la presente carta, ayudar a que el balance entre la demanda del mercado y la capacidad de atención de contenedores del TPC no sea tan severamente impactada y que las externalidades negativas no sean asumidas por los usuarios.*

2. Aspectos contractuales

- *Una lectura sistemática de la cláusula 6.4 y el Anexo 9 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (“Contrato”) nos lleva a concluir que existe un derecho potestativo garantizado en favor de APMTC que le permite realizar el adelanto de Inversiones solicitado. Al respecto, se tiene que:*

*(i) El tenor literal de la cláusula 6.4 dispone expresamente que “(…) las Obras indicadas en las Etapas 3 a la 6 antes mencionadas [definidas como Obras en función a la demanda], se podrán desarrollar en el orden que la Sociedad Concesionaria estime conveniente (…)”. Es claro que dicha disposición garantiza un derecho potestativo en favor de APMTC, por el cual ésta, según su libre arbitrio, puede actuar o no la facultad que la disposición citada le concede.*

*(ii) Para poder ejercitar el derecho potestativo establecido en su favor, APMTC debe cumplir con no afectar la operatividad del TNM ni el cumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad exigidos por Contrato (“NSP”).*

- *Lo anteriormente indicado tiene como consecuencia práctica que APMTC pueda realizar un adelanto de Inversiones, siempre que no afecte la operatividad del TNM ni el cumplimiento de los NSP. No hay ningún otro condicionamiento en el Contrato, respecto a la posibilidad de ejercitar el derecho potestativo garantizado en la cláusula 6.4.*

*Debe indicarse que los gatillos de demanda contemplados en el Anexo 9 del Contrato no deben ser interpretados en ningún caso como una prohibición. La interpretación restrictiva de derechos debe ser utilizada de manera excepcional al igual que las prohibiciones que deben ser expresas. Por tanto, no resulta adecuado pretender instaurar una prohibición en donde la literalidad del Contrato no ha fijado una.*

- *Por el contrato, estos gatillos de demanda son - conceptualmente – un plazo suspensivo establecido en beneficio de APMT y como una garantía frente al Concedente quién no podrá exigir la ejecución de las Obras en función a la demanda mientras que cumpla con el hecho supeditado al plazo suspensivo.*
- *Finalmente, amparamos nuestra solicitud en la cláusula 8.1 del Contrato, la cual confiere el derecho a APMTC de disponer la organización de los Servicios y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, garantizándole la libertad en la dirección y gestión del negocio.*

“(…)

*Por todo lo anterior, consideramos posible que APMTC realice de manera anticipada la adquisición de Equipamiento Portuario y la ejecución de Obras correspondiente a Obras en función a la demanda para el servicio de la carga contenedorizada (…)*

17. En ese sentido, según la lectura contractual del Concesionario existe un derecho potestativo garantizado a favor de APMTC que le permite realizar el adelanto de

inversiones, que haría posible que el Concesionario realice de manera anticipada la adquisición de Equipamiento Portuario y la ejecución de Obras correspondiente a Obras en función a la demanda para el servicio de la carga contenedorizada.

**(ii) Pronunciamiento de la Autoridad Portuaria Nacional**

18. Como parte de la consulta presentada por el Concesionario, referida en el numeral 15, se adjuntó como Anexo 04 la Carta N° 1027-2015-APN/GG/DITEC del 30 de diciembre de 2015, emitida por la APN respecto a la viabilidad de ejecutar una nueva etapa denominada 2 A en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

19. La comunicación emitida por la APN está referida a la posibilidad de ejecutar una nueva etapa denominada "Etapa 2A", propuesta por el Concesionario que comprendía lo siguiente:

1. Equipamiento para la atención de carga general
2. Silo Horizontal para granos
3. Almacén para gráneles fertilizantes
4. Almacén para carga refrigerada
5. Conexión férrea
6. Refacción del muelle N° 07

20. Sobre el particular, la opinión de la APN fue en los siguientes términos:

*"(...) las obras que comprendería la denominada "Etapa 2A" no forman parte de las etapas 1 al 5 del proyecto inicial del TNM-TPC, exceptuando la actividad N° 2 "Silo Horizontal para granos", la misma que actualmente forma parte de la etapa 5 del citado proyecto.*

*En ese orden de ideas, las cinco (05) actividades descritas como N° 1, 3, 4, 5 y 6 se definirían como inversiones complementarias y obras, según lo establecido en las cláusulas 1.23.67 y 1.23.75 del Contrato de Concesión del TNM-TPC respectivamente.*

*(...) por lo que en opinión de esta entidad es posible desarrollar las cinco (05) actividades de obras de infraestructura y equipamiento portuario como una etapa independiente y adicional a las previstas en el contrato de concesión denominada 2-A, lo cual no implica una modificación del contrato de concesión, pues esta consideración es sólo para efectos de la formulación del expediente técnico. Dicha etapa denominada 2A, una vez aprobada, presentará las mismas características que cualquier otra etapa establecida en el contrato de concesión.*

*En el caso de la actividad N° 2 "Silo Horizontal para granos", podría ejecutarse en el breve plazo, es decir, antes de que se inicie contractualmente la etapa 5 del proyecto del TNM-TPC, por lo que podría elaborarse y presentarse a la APN el Expediente Técnico de obra respectivo, sin embargo no tendría la consideración de Etapa adicional.*

*Es importante señalar que, a entender de la APN, las cinco (05) actividades que conformarían la etapa 2A son necesarias y prioritarias de ejecutarse, igual que la actividad N °2 "Silo Horizontal para granos", toda vez que permitirían complementar y optimizar el desarrollo de las operaciones de las etapas 1 y 2 del TNM-TPC (...)."*

[Subrayado agregado]

**(iii) Necesidad de interpretación contractual**

21. La consulta efectuada por el Concesionario respecto al adelanto de inversiones recae sobre lo establecido en el noveno párrafo de la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.

22. Según la posición sostenida por el Concesionario, sería posible adelantar la ejecución de las obras correspondientes a las Etapas 3, 4 y 5 sin la necesidad de que se alcancen los gatillos de demanda contenidos en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, siempre y cuando no se afecte la operatividad del terminal ni el cumplimiento de los NSP exigidos.

23. En ese sentido, ante la consulta efectuada por el Concesionario, se ha evaluado lo establecido en el noveno párrafo de la Cláusula 6.4 y en el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, evidenciándose la falta de claridad en las referidas cláusulas, advirtiéndose dos posibles lecturas de dicho párrafo y apéndice, las cuales se detallan a continuación:

***Lectura 1: Posibilidad del Concesionario de decidir el orden de las Obras al interior de cada Etapa sujetándose a los gatillos de demanda***

24. La primera lectura se formula en los siguientes términos:

“Para cada una de las Etapas 3, 4 y 5, existen los siguientes gatillos de demanda que se miden en periodos de doce (12) meses contados a partir del inicio de Explotación de la Concesión:

<b>Etapa</b>	<b>Gatillo de demanda</b>
Etapa 3	1 millón de TEU
Etapa 4	1,3 millones de TEU
Etapa 5	1,5 millones de TEU

El Concesionario está obligado a iniciar las Obras de cada Etapa dentro del plazo de 6 meses de alcanzado el respectivo gatillo, sin perjuicio del hecho de que el referido inicio de Obras no será exigible en tanto no haya culminado la Construcción de la Etapa anterior. Asimismo, el Concesionario está facultado a decidir el orden en el que va a desarrollar las Obras al interior de cada Etapa. No obstante, el Concesionario no está facultado a iniciar la ejecución de la Etapa antes de alcanzado su respectivo gatillo.”

***Lectura 2: Posibilidad de iniciar las Obras de las Etapas 3, 4 y 5 antes de cumplirse los gatillos de demanda (adelanto).***

25. La segunda lectura se formula en los siguientes términos:

“Para cada una de las Etapas 3, 4 y 5, existen los siguientes gatillos de demanda que se miden en periodos de doce (12) meses contados a partir del inicio de Explotación de la Concesión:

<b>Etapa</b>	<b>Gatillo de demanda</b>
Etapa 3	1 millón de TEU
Etapa 4	1,3 millones de TEU
Etapa 5	1,5 millones de TEU

El Concesionario está obligado a iniciar las Obras de cada Etapa a más tardar a los 6 meses de alcanzado el respectivo gatillo, sin perjuicio del hecho de que el referido inicio de Obras no será exigible en tanto no haya culminado la Construcción de la Etapa anterior. Asimismo, el Concesionario está facultado a decidir el orden en el que va a desarrollar las Obras al interior de cada Etapa.

Adicionalmente, el Concesionario tiene la facultad de “adelanto de Obras” entendida como la facultad de iniciar la ejecución de todas o algunas de las Obras de cualquier Etapa antes de alcanzado su respectivo gatillo, sujeto a la condición de que se cuente con el pronunciamiento técnico de la Autoridad Portuaria Nacional en la cual se precisen dichas Obras y que el adelanto de la ejecución de tales Obras no afecta la operatividad del Terminal Portuario del Callao ni el cumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad exigidos.”

26. Considerando lo expuesto, a efectos de que este Organismo Regulador pueda atender la consulta efectuada por el Concesionario relacionada con la posibilidad de que éste adquiera equipamiento portuario y ejecute obras que forman parte de las obras en función de la demanda (Etapa 3), como adelanto de inversiones, se justifica recomendar el inicio del procedimiento de interpretación contractual, a fin de que OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, determine de oficio el alcance del noveno párrafo de la cláusula 6.4 y el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, en ejercicio de la facultad que le ha sido conferida mediante el literal e) del artículo 7.1 de la Ley de Creación del

OSITRAN<sup>7</sup> y que en el procedimiento de interpretación se evalúen y/o determinen, según sea el caso, aspectos vinculados a lo siguiente:

- El plazo máximo de ejecución de las Etapas 3, 4 y 5, teniendo en consideración que el primer párrafo de la sección “OBRAS EN FUNCIÓN A LA DEMANDA” del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión hace referencia a una duración para cada una de dichas Etapas de 24 meses aproximadamente, sin precisar cómo se debe entender el término “aproximadamente”;
- En el caso de que fuera posible que el Concesionario ejerza la facultad de adelanto de Obras de una Etapa, se precise respecto a cómo afectará el plazo de ejecución de dicho adelanto en el cómputo de la duración de la Etapa al cual hace referencia el primer párrafo de la sección “OBRAS EN FUNCIÓN A LA DEMANDA” del Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión antes referido;
- Las condiciones de incremento de capital social y otras condiciones de inicio de cada Etapa, teniendo en consideración, entre otros aspectos, lo estipulado en las cláusulas 3.3, 6.11 y 6.12 del Contrato de Concesión;
- En el caso de que se haya alcanzado el gatillo de demanda de una Etapa sin haberse culminado la Etapa anterior, se precise respecto a la fecha máxima de inicio de la Etapa;
- En el caso de que fuera posible que el Concesionario ejerza la facultad de adelanto de Obras de una Etapa, se precise respecto a la fecha máxima de inicio de la Construcción del resto de las Obras no consideradas en el adelanto;
- Aspectos vinculados a la identificación y precisión en el Expediente Técnico de cada una de las Obras materia de adelanto, de los Bienes resultantes de dichas Obras, así como del Plan de Conservación respectivo;
- Otros aspectos relevantes que se identifiquen durante el procedimiento de interpretación.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

27. En virtud de lo expuesto, somos de la opinión que el párrafo 9 de la cláusula 6.4 y el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión podría llevar a dos posibles lecturas:
  - i. Lectura 1: Posibilidad del Concesionario de decidir el orden de las obras al interior de cada etapa sujetándose a los gatillos de demanda.
  - ii. Lectura 2: Posibilidad de iniciar las Obras de las Etapas 3, 4 y 5, antes de cumplirse los gatillos de demanda (adelanto de obras).
28. De acuerdo a lo señalado en el Análisis Técnico, en el procedimiento de interpretación se evaluará y/o determinará, según sea el caso, los aspectos indicados en el numeral 26 del presente informe.
29. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio de oficio a dicho procedimiento de interpretación contractual, deberá informar su decisión al Concedente, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Sociedad Concesionaria y deberá difundir dicha decisión en el Portal Institucional y en el Diario Oficial “el Peruano”; todo ello, en virtud del “Principio de Participación” previsto en el TUO de la LPAG, que obliga a las entidades a extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión, lo cual, a su vez, es concordante con el Principio de Transparencia establecido en el numeral

---

<sup>7</sup> Cabe recordar que el Consejo Directivo del Ositrán es el órgano facultado para disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación, de conformidad con el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, norma que le otorga a dicho Colegiado la facultad de pronunciarse sobre aspectos relacionados con la interpretación de Contratos de Concesión.

5.4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión .

**V. RECOMENDACIÓN**

30. Se recomienda poner en consideración del Consejo Directivo el presente informe, a fin de que dicho órgano colegiado, de estimarlo conveniente:
- (i) Declare el inicio de oficio del procedimiento de interpretación del noveno párrafo de la cláusula 6.4 y el Apéndice 1 del Anexo 9 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.
  - (ii) Comunique su decisión al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a APM Terminals Callao S.A.
  - (iii) Disponga la difusión de la Resolución aprobada y del presente Informe Conjunto, en el Portal Institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).
  - (iv) Publique la Resolución aprobada en el Diario Oficial "El Peruano".

Atentamente,

**JOHN ALBERT VEGA VÁSQUEZ**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

**HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

NT 2021090103.

Se adjunta:

- Resumen Ejecutivo del Informe Conjunto N° 00125-2021-IC-OSITRAN
- Proyecto de Acuerdo de Consejo Directivo
- Proyecto de Resolución de Consejo Directivo