



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 13 de mayo de 2010

Nº 011-2010-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe Nº 007-10-GAL-OSITRAN de fecha 10 de febrero de 2010 y el Informe Nº 023-10-GAL-OSITRAN de fecha 22 de abril de 2010, mediante los cuales se evalúa el Recurso Impugnativo interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. respecto a la aplicación de la Penalidad establecida en la Tabla Nº 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, por atraso en la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas, conforme lo establece la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 9 de setiembre de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, a través de la Autoridad Portuaria Nacional – APN y TPE, suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario de Paita (en adelante el Contrato de Concesión).
- 1.2. Mediante Carta s/n recibida el 6 de octubre de 2009, TPE comunicó las Tarifas que cobrará por sus Servicios Estándar y el Precio por sus Servicios Especiales en la Concesión del Terminal Portuario de Paita. Asimismo, informaron que en cumplimiento de las normas aplicables han dispuesto la publicación del Tarifario (el cual adjuntan a su carta), a fin de que puedan entrar en vigencia a la brevedad.
- 1.3. Con fecha 7 de octubre del 2009, TPE y la APN suscribieron el Acta de entrega de Bienes del Concedente a favor de la citada empresa concesionaria, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión¹.
- 1.4. Mediante Oficio Nº 355-09-GG-OSITRAN, de fecha 20 de octubre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN comunicó a TPE que se había detectado el incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, en lo referido a la falta de publicación en su página web del Reglamento de Tarifas; solicitándole que cumpla con difundir de inmediato el referido Reglamento, sin perjuicio de las acciones administrativas a que hubiera lugar.



¹ La referida acta fue remitida a este organismo con Oficio Nº 453-2009-APN/PD, de fecha 5 de noviembre del 2009.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 1.5. Con Carta s/n recibida el 22 de octubre de 2009, TPE hizo de conocimiento que, el día 21 de octubre del 2009, efectuó la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas aplicable al Terminal Portuario de Paita, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión.
- 1.6. Mediante Informe N° 945-09-GS-OSITRAN, remitido a la Gerencia General con fecha 28 de octubre de 2009, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN informó que el Concesionario había incumplido con la obligación de publicar el Reglamento de Tarifas en su página web, conforme lo establece la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, y recomendó la aplicación de la penalidad, por el atraso incurrido, por un monto ascendente a S/. 46,150.00 (Cuarenta y Seis Mil Ciento Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles), en aplicación a la penalidad establecida en la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión.
- 1.7. Con Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 13 de noviembre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN comunicó a TPE sobre la aplicación de la Penalidad, establecida en la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, por atraso en la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas, conforme lo establece la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, la misma que asciende al monto total de S/. 46,150.00 (Cuarenta y Seis Mil Ciento Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).
- 1.8. En aplicación del procedimiento establecido en la Cláusula 19.3 del Contrato de Concesión, mediante escrito s/n recibido con fecha 26 de noviembre de 2009, TPE impugnó la aplicación de la penalidad antes mencionada, la misma que fuera comunicada con Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.
- 1.9. Con Oficio N° 405-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 30 de noviembre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN le concedió un plazo de tres (3) días para que precise el tipo de recurso contenido en su impugnación, así como para que cumpla con los requisitos señalados en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 1.10. Mediante escrito s/n, recibido por OSITRAN el 3 de diciembre de 2009, TPE interpuso recurso de reconsideración contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, cumpliendo en dicho recurso con precisar el contenido de su carta s/n de fecha 26 de noviembre de 2009, fundamentando principalmente lo siguiente:

"La aplicación de la penalidad carece de sustento por cuanto, revisado el mencionado Anexo, se observa que el Cuadro No. 5 con el título Penalidades referidas a la Sección VIII: explotación de la Concesión, en el rubro de la descripción de penalidad, cláusula 8.20, esta indica expresamente:

"No poner en conocimiento de los Usuarios a través de la página web del CONCESIONARIO, el Procedimiento de Aplicación de tarifas y Precios de los servicios a prestarse"



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

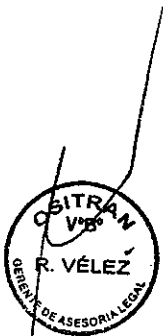
Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

De la lectura de la descripción de la penalidad fluye de manera clara y sin ninguna duda que el incumplimiento objeto de penalidad no lo constituye la publicación del Reglamento de Tarifas como indica el mencionado informe de la Gerencia de Supervisión, sino la de no poner en conocimiento de los Usuarios de nuestro Procedimiento de Aplicación de Tarifas.

Es evidente que el momento en el cual la obligación de publicar el Procedimiento de Aplicación de Tarifas es exigible no ha sido determinado con claridad en el Contrato de Concesión".

- 1.11. Adicionalmente, el escrito mencionado en el punto anterior adjunta como Medios Probatorios los siguientes:
- a) El mérito de los Lineamientos de Interpretación de Contratos de Concesión, aprobados por OSITRAN mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.
 - b) El mérito de las Cláusulas 8.9 y 19.1 del propio Contrato de Concesión.
- 1.12. Mediante Oficio N° 445-09-GG-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 29 de diciembre de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN por la cual se resolvió declarar IMPROCEDENTE el recurso de reconsideración interpuesto por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN por considerar que los medios probatorios presentados por TPE no tienen la calidad de prueba nueva.
- 1.13. Con escrito s/n recibido con fecha 11 de enero de 2010, TPE impugna la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN solicitando que se revoque dicha resolución en el extremo que declaró improcedente la impugnación presentada por TPE a efectos que se pronuncie sobre el fondo y revoque la penalidad impuesta en contra de la citada empresa.
- 1.14. Mediante el Informe N° 007-10-GAL-OSITRAN, de fecha 10 de febrero de 2010, la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN emite opinión legal sobre la impugnación interpuesta por el Concesionario con su documento de fecha 11 de enero de 2010, concluyendo lo siguiente:
- Declarar **FUNDADO** en parte el Recurso Impugnativo interpuesto por TPE mediante escrito s/n de fecha 11 de enero de 2010, en el extremo que cuestiona la declaración de improcedencia contenida en la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN, así como lo actuado hasta el momento en que se solicitó información adicional con el Oficio N° 405-09-GG-OSITRAN, inclusive, y, en consecuencia, habilitar al Consejo Directivo a pronunciarse sobre la impugnación referida a la aplicación de la penalidad impuesta mediante el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, conforme a lo previsto en la Cláusula 19.3 del Contrato de Concesión.
 - Declarar **INFUNDADO** el Recurso Impugnativo interpuesto por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, y por ende, ratificar la penalidad impuesta



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Página 3 de 15



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

mediante el referido Oficio, en aplicación de la Cláusula 19.3 del Contrato de Concesión, sobre la base de los argumentos expuestos en el presente informe.

- Se recomienda que el reinicio del cómputo para que el Concesionario abone el monto de la penalidad impuesta, según lo dispuesto en la Cláusula 19.2 del Contrato de Concesión, sea ordenado cancelar una vez que se notifique la decisión adoptada por el Consejo Directivo.

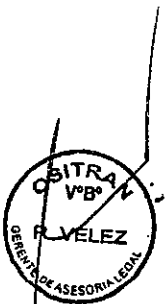
- 1.15. Con escrito s/n recibido con fecha 22 de marzo de 2010, TPE, a efectos que el Consejo Directivo de OSITRAN cuenten con elementos de juicio suficiente para la emisión de su pronunciamiento final producto de la impugnación, presenta argumentos adicionales.
- 1.16. Mediante Oficio N° 007-10-SCD-OSITRAN, notificado el 25 de marzo de 2010, elaborado por disposición de este Consejo Directivo, se invita al Concesionario a exponer oralmente sus argumentos respecto a la impugnación formulada, la misma que es respondida con el escrito N° 6 recibido con fecha 30 de marzo de 2010.
- 1.17. Con fecha 30 de marzo de 2010 se realizó el informe oral del Concesionario ante el Consejo Directivo, en el cual reitera sus argumentos respecto a la impugnación interpuesta en contra la penalidad contractual impuesta por presunto incumplimiento de la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión.

II. CUESTIONES A DETERMINAR

- 2.1. Determinar si corresponde revocar la declaración de improcedencia contenida en la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN.
- 2.2. Determinar si corresponde admitir a trámite el Recurso Impugnativo presentado por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.
- 2.3. Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso Impugnativo presentado por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

- 3.1 **Sobre la revocación de la declaración de improcedencia contenida en la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN.**
 - 3.1.1 El Concesionario argumenta que mediante Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN se declaró improcedente la impugnación formulada por éste, como resultado de la aplicación de requisitos de procedencia propias de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Sin embargo, el procedimiento específico para la aplicación de penalidades contractuales se encuentra expresamente establecido en la Sección XIX del Contrato de Concesión, por lo que se habría





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

incumplido el referido contrato, al modificarse unilateralmente lo pactado por las Partes.

- 3.1.2 Como es de conocimiento, OSITRAN tiene por función velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte de uso público, siendo el caso que el propio instrumento que se encuentra por principio obligado a proteger, le otorga obligaciones adicionales a las señaladas en el ordenamiento legal que lo rige, como es el caso por ejemplo, de las penalidades contractuales.
- 3.1.3 En atención a lo expuesto, corresponde revisar aquellas obligaciones y/o facultades que las Partes han conferido al Regulador en el Contrato de Concesión. Así, el primer párrafo de la Cláusula 14.16 señala lo siguiente:

"14.16.- Adicionalmente, el REGULADOR es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo 17 del presente Contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del CONCESIONARIO."

- 3.1.4 De igual forma, corresponde citar aquellos aspectos contenidos en la Sección XIX del Contrato de Concesión referido al procedimiento de aplicación de penalidades contractuales:

"SECCIÓN XIX: PENALIDADES

19.1.- El REGULADOR, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. En ese sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el REGULADOR comunicará al CONCESIONARIO con copia al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo los mecanismos de incumplimiento de subsanación correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 17. (...)

19.3.- El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad si presenta, ante el REGULADOR, en un plazo máximo de diez (10) Días contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la penalidad, la impugnación por escrito con el respectivo sustento.

Por su parte, el REGULADOR contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su pronunciamiento debidamente motivado. Vencido el plazo antes indicado sin que el REGULADOR haya emitido pronunciamiento alguno, se entenderá denegada la impugnación presentada. La decisión del REGULADOR tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO"





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 3.1.5 Como se aprecia, el Contrato de Concesión le asigna al Regulador la facultad de aplicar las penalidades establecidas en el Contrato, permitiéndole a su vez al Concesionario impugnar, por única vez, la aplicación de la penalidad, no exigiéndose la presentación de nueva prueba que prevé el artículo 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444².
- 3.1.6 Por lo señalado, siendo objetivo de este Organismo Regulador el velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte de uso público, en el caso del procedimiento de imposición de penalidades contractuales; resulta necesario dejar sin efecto, en el extremo alegado por el Concesionario, lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN, así como lo actuado hasta el momento en que se solicitó información adicional con el Oficio N° 405-09-GG-OSITRAN, inclusive, y, en consecuencia, habilitar que el Consejo Directivo se pronuncie sobre la impugnación referida a la aplicación de la penalidad realizada con el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, conforme a lo previsto en la Cláusula 19.3 del Contrato de Concesión.
- 3.2 **Determinar si corresponde admitir a trámite el Recurso Impugnativo presentado por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.**
- 3.2.1 La Cláusula 14.16 del Contrato de Concesión precisa la entidad encargada de aplicar las penalidades contractuales durante la vigencia de la Concesión, correspondiendo al Regulador dicha competencia:

"14.16.- Adicionalmente, el REGULADOR es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo 17 del presente Contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del CONCESIONARIO."

- 3.2.2 Ahora bien, en cuanto al procedimiento a seguir para la aplicación de penalidades, las Cláusulas 19.1 y 19.3 del Contrato de Concesión establecen lo siguiente:

"SECCIÓN XIX: PENALIDADES

19.1.- El REGULADOR, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. En ese sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el REGULADOR comunicará al CONCESIONARIO con copia al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo los mecanismos de incumplimiento de subsanación

² Artículo 208.- Recurso de Reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere de nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 17.

(...)

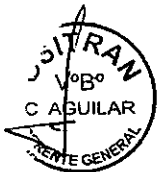
(...)

19.3.- El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad si presenta, ante el REGULADOR, en un plazo máximo de diez (10) Días contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la penalidad, la impugnación por escrito con el respectivo sustento.

Por su parte, el REGULADOR contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su pronunciamiento debidamente motivado. Vencido el plazo antes indicado sin que el REGULADOR haya emitido pronunciamiento alguno, se entenderá denegada la impugnación presentada. La decisión del REGULADOR tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO"

3.2.3 Como se aprecia, una vez que el Regulador comunicó a las Partes el incumplimiento contractual en el cual ha incurrido el Concesionario, éste se encuentra facultado a impugnar la imposición de la penalidad realizada por OSITRAN. Para ello, TPE debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Presentar la impugnación por escrito;
- b) Sustentar su pretensión; y
- c) Presentar su impugnación en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la penalidad.



3.2.4 En el presente caso, se observa que el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, con el cual se comunicó a TPE la aplicación de la Penalidad establecida en la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, por atraso en la publicación en su página web del Reglamento de Tarifas, fue notificado a TPE el 13 de noviembre de 2009.

3.2.5 De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso impugnación contra la mencionada comunicación mediante escrito s/n de fecha 26 de noviembre de 2009, es decir, dentro del plazo contractualmente establecido, impugnación que fue dirigida a la Gerencia General de OSITRAN. Debe acotarse que con dicho escrito, TPE sustentó su pedido de impugnación.



3.2.6 En consecuencia, para efectos de analizar la admisibilidad y procedencia del pedido, se observa que la impugnación cumplió con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión, por lo que se considera que la impugnación debe ser admitida, correspondiendo efectuar la evaluación de los aspectos de fondo de la misma.

3.2.7 De otro lado, el numeral 19.3 del Contrato de Concesión prevé que una vez que TPE presenta impugnación contra la aplicación de la penalidad contractual comunicada





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

por OSITRAN, este Organismo cuenta con un plazo de diez (10) días para emitir su pronunciamiento debidamente motivado.

3.2.8 Cabe indicar que, el precitado numeral señala que vencido el plazo con el que cuenta el Regulador para pronunciarse sobre la impugnación planteada por TPE, ésta se entenderá denegada. Así, las Partes han decidido que el silencio del Regulador, al igual que una manifestación expresa en contra de lo argumentado por TPE, no sólo deniega la impugnación presentada, sino que además reinicia el cómputo del plazo para que éste abone al Regulador el monto de la penalidad correspondiente.

3.2.9 En el presente caso, tomando en cuenta que la impugnación fue presentada el 26 de noviembre de 2009 y que la Gerencia General, mediante Oficio N° 405-09-GG-OSITRAN, solicitó información adicional, medida con la cual se suspendieron los plazos con los que contaba este Organismo para pronunciarse; se considera que conforme a lo señalado en el numeral 3.1 del presente informe, a fin de cumplir con el principio del debido procedimiento que rige a la administración pública, y a fin de generar transparencia en la actuación de OSITRAN, corresponde analizar el tema de fondo de la impugnación.

3.3 Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso Impugnativo presentado por TPE contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.

3.3.1 El Concesionario argumenta que OSITRAN, en aplicación a su facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, debió considerar que la obligación de publicación que se indica en la Cláusula 8.20, corresponde ser entendida de manera concordante con el plazo con el que cuenta TPE para hacer de conocimiento de OSITRAN el procedimiento de tarifas, obligación que se desarrolla en la Cláusula 8.9 del Contrato de Concesión³.

3.3.2 En base a dicho argumento, TPE considera que la imposición de la penalidad realizada con el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN no sería correcta toda vez que la publicación en su página Web del Procedimiento de Aplicación de Tarifas, efectuada el 21 de octubre de 2009, se habría realizado dentro del plazo de 3 meses contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato de Concesión, el cual habría culminado el 09 de diciembre de 2009.

3.3.3 Para determinar si lo argumentado por el Concesionario se ajusta a lo establecido en el Contrato de Concesión, corresponde verificar si se requiere ejercer la función de interpretar el referido documento para determinar los alcances de la obligación del Concesionario contenida en la Cláusula 8.20.

³ 8.9.- El CONCESIONARIO pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, el procedimiento de aplicación de Tarifas, así como sus políticas comerciales y operativas, los mismos que deberán cumplir con lo dispuesto en las Normas Regulatorias, incluyendo el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN."





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 3.3.4 Así, el inciso e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley Nº 26917, Ley de Creación de OSITRAN⁴, y el inciso d) del Artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN⁵, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, establecen que OSITRAN tiene la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- 3.3.5 De otro lado, el ítem 6.1 de los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión" aprobado mediante Acuerdo Nº 557-154-04-CD-OSITRAN, establece que "(...) Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance (...)"
- 3.3.6 Debe resaltarse que la interpretación contractual corresponde realizarse cuando lo señalado en el Contrato de Concesión presente defectos, vacíos o imprecisiones que impidan una adecuada aplicación por las Partes. En ese sentido, en caso el Contrato de Concesión resulte claro y no ofrezca duda sobre estos aspectos, no cabe que OSITRAN deba interpretar cláusula alguna, debiendo en todo caso, exigir el cumplimiento estricto de lo establecido en el Contrato de Concesión.
- 3.3.7 Dicho esto y, de la revisión del Contrato de Concesión, no estamos de acuerdo con el argumento presentado por el Concesionario, puesto que, somos de la opinión que no existe oscuridad alguna ni inconsistencia en el diseño de las Cláusulas del Contrato de Concesión materia de evaluación, siendo que de su sola lectura, se puede observar que el Concesionario:

- a) No ha tomado en cuenta las obligaciones que tiene para con los Usuarios y que se indican expresamente en el citado Contrato; y,
- b) Pretende que los plazos contenidos en la Cláusula 8.9 deben ser entendidos para considerar también los plazos incluidos en la Cláusula 8.20, pero sin reparar que las referidas cláusulas importan obligaciones con respecto a distintos destinatarios.

Respecto de las obligaciones del Concesionario para con los Usuarios

⁴ "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.

(...)"

⁵ "Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

(...)"





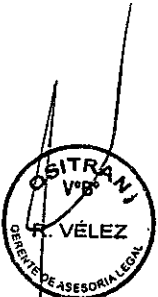
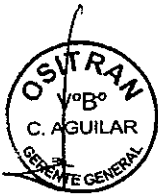
PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 3.3.8 Sobre este punto, corresponde señalar que conforme a las Cláusulas 2.4, 2.6 y 2.10 del Contrato de Concesión⁶, una de las principales prestaciones a cargo del Concesionario representa la Explotación⁷ de la Concesión, actividad que incluye la prestación de los Servicios⁸.
- 3.3.9 Asimismo, el Contrato de Concesión indica que la prestación de los Servicios que ofrece el Concesionario a favor de los Usuarios debe realizarse conforme a las condiciones establecidas en la Sección VIII del citado Contrato.
- 3.3.10 De igual forma, la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión precisa que la Explotación del Terminal Portuario de Paíta no sólo representa un derecho del Concesionario para recuperar su inversión, sino que además dicha actividad representa un deber, en la medida que TPE se encuentra obligado a prestar los Servicios a los Usuarios conforme a los estándares y condiciones establecidos en el propio contrato.
- 3.3.11 Dicho esto, corresponde observar si resulta cierto lo señalado por el Concesionario, respecto a que el Contrato de Concesión no establece un plazo específico dentro del cual se ejecute la obligación contenida en la Cláusula 8.20, a efectos de considerar si dicha conducta observada por la Gerencia General con el Oficio N° 367-09-GG.OSITRAN acarrea la aplicación de la penalidad contenida en la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión.
- 3.3.12 Como se señaló previamente, la actividad de Explotación que tiene el Concesionario no sólo representa un derecho, sino un deber puesto que, una vez verificado el Inicio de la Explotación⁹, se generan una serie de obligaciones respecto a los Usuarios y a OSITRAN en relación a la prestación de los Servicios.



⁶ "2.4- Por el presente Contrato El CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO, el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paíta.
(...)"

^{2.6.- Las principales actividades o prestaciones de la Concesión, que constituyen los derechos y obligaciones del CONCESIONARIO materia del Contrato, son cuando menos las siguientes:}

(...)
c) La Explotación de la Concesión, conforme a las condiciones establecidas en la Sección VIII
(...)"

2.10.- Considerando la naturaleza pública de la titularidad, los Servicios que son materia del Contrato se rigen por los principios de continuidad, regularidad y de no discriminación, de conformidad con lo dispuesto en la LSPN."

(El subrayado es nuestro)

⁷ La Cláusula 1.18.50 del Contrato de Concesión define "Explotación" como aquella actividad que "comprende los siguientes aspectos: la operación y administración del Terminal Portuario de Paíta, la prestación de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del Terminal Portuario de Paíta, el cobro a los Usuarios de las Tarifas correspondientes por la prestación de los Servicios Estándar, así como el cobro a los Usuarios del Precio por la prestación de los Servicios Especiales y, en general, el aprovechamiento de la infraestructura concesionada, en los términos establecidos en el Contrato."

⁸ La Cláusula 1.18.88 del Contrato de Concesión define "Servicios" como "(...) todos los servicios que el CONCESIONARIO, directamente o a través de sus Empresas Vinculadas, presta en el Área de la Concesión o a través de la misma. Incluye los Servicios Estándar y Servicios Especiales."

⁹ La Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"8.14.- La fecha de inicio de la Explotación de la Concesión se computará a partir de la fecha de suscripción del Acta de Entrega de los Bienes del CONCEDENTE de conformidad a lo establecido en la Cláusula 5.16 y siguientes. El inicio de la Explotación no impedirá que existan Etapas que se encuentran en el Período Pre-operativo."





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 3.3.13 Así, respecto de los Usuarios, el Concesionario se encuentra obligado a prestar Servicios Estándar, estando facultado a cobrar Tarifas; así como se encuentra también facultado a prestar Servicios Especiales por los cuales puede cobrar un Precio, de acuerdo a lo señalado en el primer párrafo de la Cláusula 8.20.
- 3.3.14 A su vez, la Cláusula 8.6 del Contrato de Concesión, referida a los derechos y reclamos de los Usuarios, señala claramente lo siguiente:

8.6.- El CONCESIONARIO es responsable de brindar a los Usuarios:

(...)

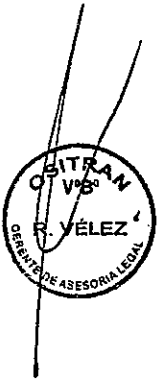
(ii) La Información suficiente sobre las Tarifas, el Precio y los alcances de los Servicios que brindará el CONCESIONARIO, conforme a este Contrato y a las Normas Regulatorias; (...)

(El subrayado es nuestro)

- 3.3.15 Sobre este punto cabe indicar que entre las Normas Regulatorias¹⁰ que resultan aplicables al Contrato de Concesión se encuentra el Reglamento General de Tarifas – RETA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN. El Artículo 8° del citado reglamento dictamina que las Entidades Prestadoras deberán aplicar sus tarifas, así como sus ofertas, descuentos y promociones en general, respetando los derechos de los usuarios establecidos en el Decreto Legislativo N° 716, Ley del Sistema de Protección al Consumidor, y sus respectivas modificatorias.



- 3.3.16 Respecto a los derechos de los consumidores (en el presente caso, de los Usuarios), el inciso b) del Artículo 5° del TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, indica que es derecho del consumidor el "(...) recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios (...)". Igualmente, el Artículo 15° de la norma en mención precisa que "el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados (...)".



- 3.3.17 Como se puede verificar, las normas que rigen la actuación del Concesionario y que son de obligatorio cumplimiento, determinan que el prestador del servicio debe poner

En este apartado, corresponde recordar que con fecha 7 de octubre del 2009, TPE y la APN suscribieron el Acta de entrega de Bienes del Concedente a favor de la citada empresa concesionaria, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión

¹⁰ La Cláusula 1.8.70 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"1.8.70. Normas Regulatorias

Son los reglamentos, directivas y resoluciones que puede dictar el REGULADOR y que resulten aplicables a las Partes, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio."

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Página 11 de 15



OSITRAN

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



PERÚ

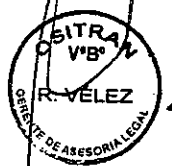
Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

a disposición del usuario, y de manera apropiada, toda la información necesaria para tomar la decisión de adquirir un servicio.

- 3.3.18 De otro lado, conforme a lo señalado en el segundo párrafo de la Cláusula 8.20 "el **CONCESIONARIO se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, sin costo para los mismos, a través de su página Web, el reglamento de Tarifas, Precios y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables**".
- 3.3.19 Como se puede observar, una vez verificado el Inicio de la Explotación (es decir, a partir del 07 de octubre de 2009) se genera el derecho y la obligación del Concesionario de prestar los Servicios a los Usuarios conforme a las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, debiendo para ello brindar toda la información suficiente que requieran para conocer los Precios y Tarifas que cobrará, entre la cual se debe incluir el Procedimiento de Aplicación de Tarifas.
- 3.3.20 Siendo así, no es posible considerar que los Usuarios, una vez iniciada la prestación de Servicios en la Concesión, no cuenten con toda la información que resulte necesaria para verificar los conceptos que determinan los Precios y/o Tarifas que el Concesionario cobrará. Es por ello que, de la sola lectura del Contrato de Concesión se verifica que desde el Inicio de la Explotación de la Concesión, es deber de TPE brindar aquella información consignada en el segundo párrafo de la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, dado que resulta relevante para la toma de decisiones de los Usuarios.
- 3.3.21 En atención a lo expuesto, consideramos que no resulta atendible lo argumentado por el Concesionario puesto que la redacción del Contrato de Concesión resulta clara respecto a la oportunidad en la cual se debe poner en conocimiento de los Usuarios, a través de su página Web, el reglamento de tarifas, la misma que debe realizarse desde la fecha de inicio de la Explotación.
- 3.3.22 Con ello, no es posible sostener lo argumentado por el Concesionario, en el sentido que no se ha determinado un plazo desde el cual nace su obligación de hacer de conocimiento de los Usuarios la información relevante para contratar los Servicios que ofrece el Concesionario. De mantener tal posición se estarían vulnerando los compromisos que las Partes estipularon y se obligaron al momento de suscribir el respectivo Contrato de Concesión y además se atentaría contra los derechos de los Usuarios, conforme a la normativa de protección del consumidor, que resulta plenamente aplicable en el presente caso.
- Respecto a si los plazos contenidos en la Cláusula 8.9 deben ser entendidos para considerar los plazos incluidos en la Cláusula 8.20.**
- 3.3.23 Con relación a este punto,, al momento que el Concesionario inquiera interpretar que la exigibilidad de la obligación contenida en la Cláusula 8.20 debe ser entendida de



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Página 12 de 15



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

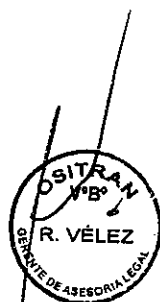
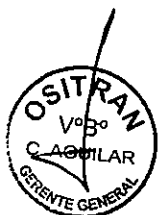
manera concordante con lo establecido en la Cláusula 8.9, no toma en cuenta que las obligaciones contenidas en las dos cláusulas en mención se apliquen a favor de dos destinatarios distintos.

- 3.3.24 En efecto, conforme se indicó anteriormente, la obligación contenida en el segundo párrafo de la Cláusula 8.20 tiene la finalidad de otorgar a los Usuarios la información necesaria para cuando contraten la prestación de los Servicios Estándar y/o Especiales que brinda el Concesionario.
- 3.3.25 En cambio, la Cláusula 8.9 del Contrato de Concesión tiene por objeto poner de conocimiento del Regulador el procedimiento de aplicación de tarifas y con ello verificar si dicho procedimiento se encuentra acorde con lo dispuesto en las Normas Regulatorias.
- 3.3.26 Como es fácil apreciar, el Contrato de Concesión ha diferenciado claramente las finalidades que representa tanto para el Usuario como para el Regulador el conocimiento del Procedimiento de Aplicación de Tarifas.
- 3.3.27 A mayor abundamiento, basta apreciar que la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión determina penalidades distintas por el incumplimiento del Concesionario respecto de las obligaciones contenidas en las Cláusulas 8.9 y 8.20, que en forma resumida mostramos a continuación:

Tabla N° 5: Penalidades referidas a la Sección VIII: Explotación de la Concesión

Cláusula Contrato	Monto (US\$)	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
8.9	1,000	<u>Atraso en la comunicación al REGULADOR del proyecto de procedimiento de aplicación de Tarifas</u>	Cada día de atraso
8.20	1 UIT	<u>No poner en conocimiento de los Usuarios a través de la página web del CONCESIONARIO, el Procedimiento de Aplicación de Tarifas y Precios de los Servicios a prestarse</u>	Cada día de atraso

- 3.3.28 De la sola revisión del Contrato de Concesión se puede concluir que las obligaciones del Concesionario contenidas en la Cláusulas 8.9 y 8.20 deben ser entendidas para finalidades distintas, tan es así que el propio Contrato en su Anexo 17 ha establecido consecuencias distintas en caso se verifique el incumplimiento de alguno de sus deberes y obligaciones, razón por la cual no es posible respaldar lo argumentado por el Concesionario en su escrito de impugnación y su Informe Oral.



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



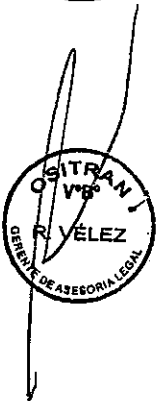
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

- 3.3.29 En cuanto a la razonabilidad por la cual las obligaciones contenidas en las Cláusulas 8.9 y 8.20 tengan plazos distintos, dicho análisis excede a la verificación que debe realizar este Organismo Regulador al momento de comprobar el incumplimiento del Concesionario respecto de alguna de dichas obligaciones para efectos de la imposición de las penalidades contractuales descritas en el Anexo 17 del Contrato de Concesión.
- 3.3.30 De lo señalado en los puntos anteriores también podemos concluir que la supuesta ejecución de mala fe del Contrato de Concesión por la imposición de la penalidad al Concesionario no tiene asidero, dado que la actuación de OSITRAN ha tenido por único objetivo ejercer y cumplir cabalmente su rol referido a supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por las Partes, conforme se lo otorga la ley, así como hacer ejercicio de las potestades que el propio Contrato de Concesión establece en la Sección XIX.
- 3.3.31 En vista de lo mencionado, de la evaluación objetiva de los fundamentos presentados por el Concesionario y de la revisión de lo establecido en el Contrato de Concesión, se considera que la publicación tardía en la página web del Procedimiento de Aplicación de Tarifas se encuentra descrita como una penalidad contractual, conforme a lo señalado en el Anexo 17 del Contrato de Concesión, por lo que debe confirmarse la penalidad impuesta mediante el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN.
- 3.3.32 Asimismo, en aplicación a lo señalado en el Artículo 45° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, debe hacerse efectivo el pago de la penalidad contractual descrita en la Tabla N° 5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión. Dada las circunstancias que encierra el presente caso, el reinicio del cómputo para que el Concesionario abone el monto de la penalidad impuesta (Cláusula 19.2 del Contrato de Concesión) se efectuará una vez que se notifique la presente Resolución.



POR LO EXPUESTO y en virtud 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; el Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado en la Sesión del Consejo Directivo N° 348, de fecha 13 de Mayo de 2010 y, a los Informes N° 007-10-GAL-OSITRAN y 023-10-GAL-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **FUNDADO** en parte el Recurso Impugnativo interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., mediante escrito s/n de fecha 11 de enero de 2010, en el extremo que cuestiona la declaración de improcedencia contenida en la Resolución de Gerencia General N° 071-2009-GG-OSITRAN, así como lo actuado hasta el momento en que

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



Página 14 de 15



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

se solicitó información adicional con el Oficio N° 405-09-GG-OSITRAN, inclusive, y, en consecuencia, habilitar al Consejo Directivo a pronunciarse sobre la impugnación referida a la aplicación de la penalidad impuesta mediante el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, conforme a lo previsto en el numeral 19.3 del Contrato de Concesión.



SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso Impugnativo interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra el Oficio N° 367-09-GG-OSITRAN, y por ende, ratificar la penalidad impuesta mediante el referido Oficio, en aplicación del numeral 19.3 del Contrato de Concesión, sobre la base de los argumentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución y los Informes N° 007-10-GAL-OSITRAN y 023-10-GAL-OSITRAN a Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.

CUARTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

QUINTO.- DISPONER que la Gerencia de Supervisión notifique la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas para que inicie las acciones de cobranza que correspondan.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N°9442-10

