



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 029-2016-CD-OSITRAN

Lima, 01 de junio de 2016

VISTOS:

El Oficio N° 1266-2016-MTC/25, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Carta ADM-0278-2016, remitida por Transportadora Callao S.A., el Oficio N° 338-2016-APN/GG-UAJ, remitido por la Autoridad Nacional Portuaria, y el Informe N° 031-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 26 de mayo de 2016, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de enero de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con la Empresa Transportadora Callao S.A. (el Concesionario), el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación por veinte (20) años, del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en adelante, el Contrato de Concesión;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la citada Ley, otorga a OSITRAN 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 de OSITRAN (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 de OSITRAN en única instancia administrativa. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, 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 (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, de acuerdo al numeral 6.1 de los 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;

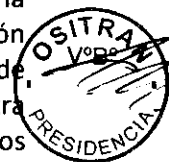
Que, mediante la Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo declaró Improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, al no calificar como tercero legítimamente interesado, y adicionalmente, dispuso que correspondía evaluar si de oficio era necesario realizar una interpretación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, para lo cual previamente debía contarse con la opinión del MTC, la APN y el Concesionario, al ser las Partes que suscribieron el Contrato de Concesión;

Que, en atención a lo solicitado por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN, se remitieron a OSITRAN los siguientes documentos: i) la Carta ADM-0278-2016, remitida por el Concesionario; ii) el Oficio N° 1266-2016-MTC/25, remitido por el MTC; iii) el Oficio N° 338-2016-APN/GG-UAJ, presentado por la APN, al cual adjuntó el Informe Legal N° 278-2016-PAN-UAJ;

Que, la Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 031-2016-GSF-GAJ-OSITRAN del 26 de mayo de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- i. Al ser claro el contenido de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, en cuanto a la naturaleza de los porcentajes ahí establecidos para efectos de la contratación de la Supervisión de Diseño, no se evidencia la necesidad de interpretar el alcance de la misma, dado que de su lectura se advierte que el sentido de la cláusula es unívoco al señalar que los porcentajes establecidos en el Contrato de Concesión para la contratación de los servicios de Supervisión de Diseño y de Supervisión de Obras constituyen montos máximos y no fijos, sin que exista oscuridad, ambigüedad o duda que impidan su aplicación, siendo que, por el contrario, la Cláusula 6.10 debe ser aplicada de acuerdo a su texto.
- ii. En lo que respecta a la solicitud de devolución presentada por el Concesionario ante la APN, en tanto dichos fondos se derivan del cumplimiento de una obligación contractual y como tales tienen una finalidad determinada por el Contrato de Concesión, la entidad receptora de tales fondos (en este caso, la APN) no se encuentra en la posibilidad de utilizarlos para fines distintos, ni mucho menos disponer de ellos como si se tratase de recursos públicos de la Entidad.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 588-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar que no existe ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad que amerite que el Consejo Directivo efectúe de oficio la facultad de interpretación del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, respecto del alcance de la Cláusula 6.10.

Artículo 2.- Disponer que, en aplicación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización comunique a la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y al Ministerio de Economía y Finanzas que, en lo que respecta a la solicitud de devolución presentada por el Concesionario ante la APN, en tanto dichos fondos se derivan del cumplimiento de una obligación contractual y como tales tienen una finalidad determinada por el Contrato de Concesión, la entidad receptora de tales fondos (la APN) no se encuentra en la posibilidad de utilizarlos para fines distintos, ni mucho menos disponer de ellos como si se tratase de recursos públicos de la Entidad.

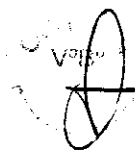
Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° 031-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A.

Artículo 4.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 031-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,




PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 20223

INFORME N° 031-16-GSF-GAJ-OSITRAN

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

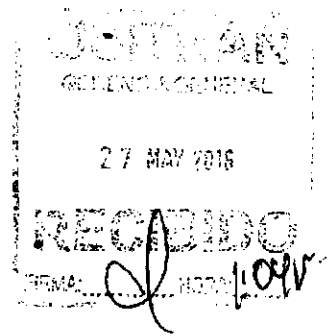
De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Evaluación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao

Referencia : Oficio N° 011-2016-EF/52.03 recibido el 28.01.2016

Fecha : 26 de mayo de 2016



I. OBJETIVO

Emitir opinión a efectos de determinar si resulta procedente que el Consejo Directivo realice la interpretación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en el marco del pedido de devolución solicitado por la empresa Transportadora Callao S.A. (en adelante, el Concesionario) ante la Autoridad Portuaria Nacional (APN) de los montos no utilizados en la Supervisión de Diseño.

II. ANTECEDENTES

2.1 Con fecha 28 de enero de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la APN y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), por un plazo de veinte (20) años.

2.2 De acuerdo con lo establecido en el párrafo cuarto de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, el Concesionario es quien asume los costos de la supervisión del diseño y obras, incluido IGV. El monto máximo que el Concesionario destinará a los costos de la supervisión del Diseño y Obras, incluyendo IGV, será del cinco por ciento (5%) del Monto Referencial de la inversión, ascendente a la suma de US\$ 120'330 000.00, incluyendo IGV, según lo establecido en la Declaración de Interés que suscribió al momento de presentar su propuesta económica. De este monto límite, el tope de 1% debe asignarse a la Supervisión de Diseño y gastos vinculados a la misma, mientras que el 4% debe asignarse a la Supervisión de Obra. Para el caso de la Supervisión de Diseño, correspondía a la APN, de acuerdo al Contrato de Concesión, contrata directamente dicha Supervisión, con cargo a los recursos otorgados por el Concesionario.



- 2.3 El 31 de marzo y el 16 de abril de 2015, el Concesionario ha solicitado, mediante Cartas ADM 0250-15 y ADM 0326-15, respectivamente, la devolución de los saldos no utilizados por la APN en la contratación de la Supervisión de Diseño. Refiere que el 07 de febrero de 2011 realizó un depósito a favor de la APN por la suma de S/. 3 330 817,44 (Tres millones trescientos treinta mil ochocientos diecisiete y 44/100 Soles) para cubrir la contratación de los servicios de Supervisión de Diseño, es decir, el equivalente a US\$ 1 203 300,00 (Un millón doscientos tres mil trescientos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). No obstante, ha podido verificar que, de dicha suma, sólo US\$ 304 591,62 (Trescientos cuatro mil quinientos noventa y uno con 61/100 Dólares de los Estados Unidos de América) fueron utilizados por la APN en la contratación del servicio. En ese sentido, el Concesionario solicitó a la APN que proceda a la devolución de los saldos resultantes de la liquidación del contrato de supervisión de diseño, los cuales ascienden a la suma de US\$ 898, 708,38 (Ochocientos noventa y ocho mil setecientos ocho y 38/100 Dólares de los Estados Unidos de América).
- 2.4 Con la finalidad de validar su posición, la APN, través del Oficio N° 0585-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 14 de julio de 2015, complementado por Oficio N° 646-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 6 de agosto de 2015, y Oficio N° 694-2015-APN/GG-UAJ, de fecha 25 de agosto de 2015, solicitó a OSITRAN lo siguiente:

"(...) lo que la APN solicita es que se señale los alcances de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Puerto del Callao, a efectos de confirmar si el saldo no utilizado por la Autoridad Portuaria Nacional en la supervisión de diseño, debe ser devuelto al Concesionario. No se requiere el inicio de procedimiento de interpretación ante su Consejo Directivo."

- 2.5 En respuesta al pedido de la APN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN le remitió el Oficio N° 0400-15-JCP-GSF-OSITRAN, de fecha 9 de setiembre de 2015, a través del cual manifestó lo siguiente:

"De lo establecido literalmente en la citada cláusula, se advierte con claridad que el Concesionario debe asumir el pago de la Supervisión de Diseño y la Supervisión de Obras por un monto máximo del 5% del Monto Referencial de la Inversión según la Declaración de Interés. De dicho monto el 1% debe ser destinado a la Supervisión de Diseño, cuya competencia recae en la Autoridad Nacional Portuaria."

Adicionalmente, del texto transcrito se desprende que los montos abonados por el Concesionario a la APN en virtud de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, deben ser utilizados para financiar los costos de Supervisión de Diseño (honorarios y gastos); dicha cláusula no dispone que de existir algún saldo del monto abonado por el Concesionario, dicho remanente pueda ser utilizado para fines distintos a dicha Supervisión."

- 2.6 Mediante Carta N° 186-2015-APN/OGA, recibida por el Concesionario el 22 de setiembre de 2015, la APN solicitó al Concesionario su número de cuenta corriente y Código de Cuenta Interbancario a efectos de que el MEF realice la devolución de los saldos a través de un depósito en cuenta, ya que se consideró la imposibilidad de disponer de los recursos transferidos por el Concesionario para fines distintos a los estipulados en el Contrato de Concesión.
- 2.7 Asimismo, con fecha 25 de setiembre de 2015, la APN remitió el Oficio N° 113-2015-APN/OGA a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del MEF, en el que solicita se proceda a

realizar la devolución del saldo no utilizado en la contratación de la Supervisión de Diseño, a favor del Concesionario. Dicho pedido fue reiterado por la APN, a través del Oficio N° 022-2016-APN/GG.

- 2.8 En atención al pedido formulado por la APN, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del MEF remitió a OSITRAN el Oficio N° 011-2016-EF/52.03, de fecha 26 de enero de 2016, en el cual señala lo siguiente:

"4. Mediante Oficio No 113-2015-EF/52.03 de fecha 16 de diciembre de 2015, esta Dirección General en atención a la solicitud y a los fundamentos señalados en los párrafos precedentes, manifestó que en razón de lo señalado en el Contrato de Concesión que establece la obligación del Concesionario de asumir el costo de la Supervisión de Diseño, el porcentaje que corresponde y que fue depositado en su totalidad en la cuenta del MEF- DNTP-Concesiones, no era posible atender la solicitud de devolución presentada.

5. En ese sentido, mediante Oficio N° 022-2016-APN/GG-UAJ, a efectos de contar con mayores elementos de juicio según lo señalado por la APN, [la APN] remite copia del Oficio N° 0400-15-JCP-GSF-OSITRAN, suscrito por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN en atención a la solicitud de interpretación de la APN de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión a efectos de dilucidar si en efecto el monto no utilizado por dicha entidad para la Supervisión de Diseño, puede ser devuelto o no al Concesionario.

6. En ese contexto, por las consideraciones expuestas y estando a la atribución legal del Consejo Directivo de OSITRAN de interpretar los Contratos de Concesión de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 26917, el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, acudimos a su Despacho a fin de que se sirva emitir opinión respecto del alcance de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión en cuanto a la procedencia de la devolución de fondos no utilizados en la Supervisión de Diseño."

- 2.9 Luego de evaluar la solicitud presentada por el MEF, OSITRAN mediante Resolución de Consejo Directivo N° 013-2016-CD-OSITRAN de fecha 29 de marzo de 2016, declaró improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del MEF, en vista que dicho Ministerio no califica como tercero legítimamente interesado para solicitar dicha interpretación, de conformidad con los alcances establecidos en el mismo Contrato de Concesión, tal como ha sido explicado en el Informe 014-2016-GSF-GAJ-OSITRAN. Sin perjuicio de ello, mediante la Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo dispuso que habiendo tomado conocimiento del problema suscitado con relación a la devolución de los fondos, correspondería evaluar si de oficio sería necesario realizar una interpretación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, para lo cual previamente se requiere contar con la opinión de la APN y el Concesionario, al ser las Partes que suscribieron el Contrato de Concesión. En mérito de este razonamiento, la Resolución mencionada y el Informe aludido fueron notificados al MTC, la APN y al Concesionario, a los que se le otorgó un plazo de siete (07) días calendario para pronunciarse.

- 2.10 En respuesta a ello y dentro del plazo concedido, con fecha 13 de abril de 2016, el Concesionario ha remitido la Carta ADM-0278-2016, expresando lo siguiente:

- i) Que, no es la primera vez que solicita la devolución de saldos resultantes de la contratación de los servicios de supervisión de Obra y Diseño. Al respecto, manifiesta que antes de presentar su solicitud para la devolución de los US\$ 898, 708,38 (Ochocientos noventa y ocho mil setecientos ocho y 38/100 Dólares de los Estados



Unidos de América) no utilizados, presentó una solicitud análoga ante OSITRAN, para recuperar los saldos resultantes de la liquidación del servicio de consultoría realizado por la empresa Técnica y Proyectos S.A. (TYPESA), correspondiente a la revisión del expediente técnico y a la supervisión de obras y equipamiento del Terminal de Embarque y Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao. Dicha solicitud fue atendida por OSITRAN, a través del Informe N° 015-2015-GSF-GAJ-OSITRAN, habiéndose procedido a devolver el monto remanente no utilizado.

- ii) Que, la APN ha coincidido con la opinión del Regulador, en el sentido de declarar procedente la solicitud presentada por el Concesionario para que se haga efectiva la devolución de los saldos no utilizados en la contratación de la supervisión del diseño¹.
- iii) Que, es un derecho del Concesionario obtener la devolución de los saldos remanentes resultantes de la liquidación de los servicios de supervisión de obra y diseño, pues los porcentajes previstos en el Contrato de Concesión constituyen topes máximos previstos para el financiamiento de dichos servicios. En ese sentido, afirman que no se trata de un monto fijo, ni sus saldos constituyen donaciones, impuestos o contribuciones hechas hacia la APN. Por tanto, toda vez que la APN no es dueña de dichos montos, dicha autoridad no puede disponer de ellos ni asignarlos a conceptos distintos a la supervisión, debiendo devolverlos.
- iv) Que, esta opinión es compartida tanto por la APN, como por OSITRAN, pues en el Informe N° 015-2015-GSF-GAJ-OSITRAN que sustentó la devolución de los montos resultantes luego de la liquidación de la Supervisión efectuada por la empresa TYPESA, OSITRAN fue claro en señalar que, conforme al Contrato de Concesión, el Concesionario se encuentra obligado a asumir los gastos que demanden las actividades de supervisión por parte del Regulador, pero que, de existir algún saldo del monto abonado para asumir tales gastos, éstos no podrán ser utilizados para fines distintos de la supervisión ni podrán pasar a formar parte del presupuesto de las instituciones públicas que los reciben. En el caso de la APN, esta misma posición se desprendería de las comunicaciones remitidas al Concesionario en las que validan la procedencia del pedido de devolución.



- 2.11 Por su parte, mediante Oficio N° 1266-2016-MTC/25, recibido por OSITRAN el 13 de abril de 2016, el MTC ha señalado que en vista que la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión sólo desarrolla la obligación que tiene el Concesionario de abonar a la APN el costo de supervisión de diseño (honorarios y gastos), sin ponerse en el supuesto de que exista un saldo a su favor, por ello solicita a este Regulador, en atención a lo tipificado en el artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN², que el Consejo Directivo interprete el Contrato de Concesión, con la finalidad de solucionar el tema pendiente en la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público.



¹ Para tal efecto, transcribe lo señalado por la APN en el Memorando N° 0183-2015-APN/UAJ.

² Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que establece lo siguiente:

***Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión**

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares”.

- 2.12 Mediante Memorando N° 101-16-GAJ-OSITRAN, de fecha 28 de abril de 2016, la Gerencia de Asesoría Jurídica consultó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos lo siguiente:

*"(...) confirme si para la revisión de las tarifas por parte de OSITRAN, se toma en cuenta el costo de supervisión efectivamente realizado por el Concesionario, es decir, si se descuenta de la inversión efectivamente realizada (que se tomará en cuenta para la revisión tarifaria) por este, el monto que se le haya devuelto como excedente del costo de supervisión empleado, por ser menor al tope máximo establecido en el respectivo en el Contrato de Concesión.
(...)"*

- 2.13 En respuesta al Memorando N° 101-16-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia de Asesoría Jurídica el Memorando N° 087-16-GRE-OSITRAN, de fecha 3 de mayo de 2016, en el que señaló lo siguiente:

"(...) es preciso señalar que la inclusión o no del costo de supervisión realizado por el Concesionario en el cálculo del factor de productividad correspondiente al Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao se definirá en su oportunidad, es decir, cuando se inicie el procedimiento de revisión tarifaria. En caso se decida incluir el mismo en el cálculo correspondiente, es necesario señalar que la fuente de la cual se obtiene información para el tratamiento del insumo productos intermedios son los estados financieros de la empresa, los mismo que se elaboran con el criterio del gasto devengado, por lo que se incluiría lo efectivamente gastados por el concesionario."

- 2.14 Con fecha 4 de mayo de 2016, APN remitió a OSITRAN el Oficio N° 338-2016-APN/GG-UAJ, al cual adjuntó el Informe Legal N° 278-2016-PAN-UAJ, mediante el cual emite su posición con relación a lo resuelto por el Consejo Directivo del OSITRAN a través de la Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN. En el referido Informe se señala lo siguiente:

"27. (...) en línea con las facultades de interpretación que le otorga la Ley de creación y el Reglamento General de OSITRAN, ésta se encuentra facultada para interpretar de oficio la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, cuando se presume la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y objeto; en ese contexto, consideramos conveniente que OSITRAN, su proceso de interpretación, tome en consideración su Informe N° 015-2015-GSF-GAJ-OSITRAN, mediante el cual ante una situación similar, señala entre otros puntos, "4.27 (...) luego de haberse efectuado la liquidación del contrato de supervisión se ha determinado que no todos los fondos depositados por TCSA han sido utilizados por el Regulador, corresponde que el remanente sea devuelto al Concesionario, toda vez que este saldo no podría ser destinado a un fin distinto para el que fue aportado (...)".

CONCLUSIÓN

28. Corresponderá a OSITRAN determinar si realiza una opinión para conocer el alcance de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Terminal Portuario del Callao o si efectúa una interpretación de oficio sobre la Cláusula 6.10 antes mencionada, en cualquiera de los casos, consideramos que debe tomar en consideración sus documentos antes señalados (Oficio N° 0400-15-JCP-GSF-OSITRAN o Informe N° 015-2015-GSF-GAJ-OSITRAN), así como lo expresado en el presente Informe."



III. ANÁLISIS

3.1 En el presente Informe se evaluarán los siguientes puntos:

- a. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
- b. Principios legales y mecanismos de interpretación contractual.
- c. De los alcances de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión.

a. **Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión**

3.2 El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. En efecto, el marco normativo regulatorio establece que corresponde a OSITRAN interpretar los Contratos de Concesión de infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito, pues éste constituye el título que otorga al Concesionario el derecho de realizar todas las actividades comprendidas en la explotación económica de los Bienes de la Concesión.

3.3 De otro lado, el artículo 29º del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN, 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.

3.4 Además, la referida norma prevé que la interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.

3.5 Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF)³, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

3.6 Es claro que el marco normativo regulatorio expuesto es de obligatorio cumplimiento para las Entidades Prestadoras, conforme a lo que establecen expresamente sus contratos de concesión.

b. **Principios legales y mecanismos de interpretación contractual**

3.7 Por Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a las facultades legalmente otorgadas y comentadas anteriormente, aprobó los "Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión" (en adelante, los Lineamientos), cuyo

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los contratos de concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.

- 3.8 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, cuando éstas son ambiguas, oscuras o poco claras.
- 3.9 Asimismo, de conformidad con los Lineamientos, OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión, de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado - *ratio legis* -; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
- 3.10 Al respecto, Barchi (2007) sostiene que por interpretación debe entenderse 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"⁴.
- 3.11 En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) 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 intérprete 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."⁵ (El subrayado es nuestro).
- 3.12 Así, como se ha indicado anteriormente, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.



⁴ BARCHI VELAUCHAGA, 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.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.

- 3.13 Evidentemente, estamos hablando de cláusulas contenidas en el contrato, no de la *integración* de disposiciones no contempladas o de una interpretación para cubrir vacíos contractuales, cosa que naturalmente escapa a nuestro marco legal y a la competencia de este Organismo Regulador. Por tanto, OSITRAN no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.
- 3.14 Finalmente, atendiendo a lo indicado en los Lineamientos, cabe indicar que en caso de que OSITRAN determine que el Contrato de Concesión resulta claro, señalará dicha circunstancia. En tal sentido, no procederá la interpretación en caso se advierta que el contrato no contiene alguna cláusula que sea ambigua, no entendible, oscura o poco clara, de tal forma que se imposibilite su aplicación.
- 3.15 Acorde con lo anterior, se procederá a determinar si el alcance o sentido de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, referida a los topes máximos para la contratación de los servicios de supervisión de Obra y Diseño, requiere ser interpretado, caso en el cual se procederá a aplicar los métodos de interpretación que resulten pertinentes, o por el contrario, si la cláusula es clara en su contenido y sentido, no existiendo impedimento alguno para su aplicación por las Partes, supuesto en el cual no será procedente la interpretación por parte del Consejo Directivo.

c. De los alcances de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión

- 3.16 En el presente caso, el Concesionario ha manifestado que, con fecha 07 de febrero de 2011, realizó el depósito del importe destinado a cubrir los gastos de la Supervisión de Diseño que establece el Contrato de Concesión, ascendente a la suma de US\$ 1 203 300,00 (Un millón doscientos tres mil trescientos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América)⁶. De acuerdo a lo regulado expresamente en el Contrato de Concesión, este importe equivalente al 1% del Monto Referencial de la Inversión constituye un tope máximo, del cual podrá disponer la APN para pagar los gastos derivados de la Supervisión de Diseño mencionada. De ahí que, de no llegar a disponer íntegramente del monto transferido, la suma efectivamente utilizada es la que finalmente es asumida por el Concesionario.



- 3.17 De esta manera, el Concesionario argumenta que habiendo verificado que del monto transferido a la APN -que conforme al Contrato constituye un tope máximo para la adquisición de los servicios antes mencionados- la referida Autoridad solo utilizó la suma de US\$ 304 591,62 (Trescientos cuatro mil quinientos noventa y uno con 62/100 Dólares de los Estados Unidos de América) para la contratación del Servicio de Supervisión de Diseño, le correspondería la devolución del saldo remanente, ascendente a la suma US\$ 898 708,38 (Ochocientos noventa y ocho mil setecientos ocho y 38/100 Dólares de los Estados Unidos de América), pedido que, según manifiesta, no solo encuentra sustento en la literalidad del Contrato, sino que se encuentra respaldado por pronunciamientos previos del OSITRAN en casos similares.



- 3.18 En este punto, es preciso tomar en cuenta la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, la misma que señala literalmente lo siguiente:

⁶ De acuerdo a lo señalado por el Concesionario en su solicitudes de devolución, dicha suma representa en soles el monto de S/. 3 330 817,44 (Tres millones trescientos treinta mil ochocientos diecisiete y 44/100 Soles).

"(...)

El CONCESIONARIO asumirá los costos de la supervisión del diseño y obras, incluido IGV. El monto máximo que el CONCESIONARIO destinará a los costos de la supervisión del diseño y Obras, incluyendo IGV, será del cinco (5%) del Monto Referencial de la Inversión ascendente a la suma de US\$ 120 330.000.00 incluido el IGV según lo establecido en la Declaración de Interés.

El porcentaje indicado en el párrafo precedente se distribuirá de acuerdo a lo siguiente:

Por concepto de Supervisión de Diseño y otros gastos vinculados a esta: 1 %.

Por concepto de Supervisión de Obra y otros gastos vinculados a esta: 4%.

La APN podrá contratar, a través de un procedimiento de selección, a un Supervisor de Diseño, de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Dicho Supervisor actuará únicamente por cuenta y en representación de la APN, en ese sentido la titularidad de la supervisión la mantiene la APN.

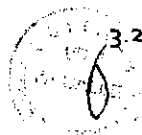
Es de competencia exclusiva de la APN la elección y contratación del Supervisor de Diseño.

Los honorarios y gastos derivados de las actividades de supervisión serán pagados por la APN a costa del CONCESIONARIO.

(...)

[Subrayado agregado]

- 3.19 De la lectura de la citada Cláusula, se advierte que la obligación del Concesionario es asumir, hasta por un monto máximo de 5% del Monto Referencial de la Inversión, el pago del servicio de Supervisión de Obra y Diseño, de los cuales el 1% de ese monto máximo se asigna, también como tope máximo, a la contratación de la Supervisión de Diseño, mientras que el 4% se asigna, como tope máximo a la supervisión de obra, siendo justamente ambos porcentajes la sumatoria del monto máximo de 5% previsto contractualmente. En efecto, al tratarse de un monto máximo - pues así lo señala expresamente el Contrato de Concesión- es evidente que tal es la obligación contraída por el Concesionario, sin que exista la posibilidad de que se trate del pago de un monto fijo, sino que este está sometido al desembolso efectivo en atención a la contratación de la supervisión que efectúe la APN.
- 3.20 De ahí que, tal como lo ha manifestado la APN, la Supervisión de Diseño ha costado en los hechos un monto menor al 1% del Monto Referencial de la Inversión, tope máximo permitido en el Contrato de Concesión, y que se encontraba disponible para su contratación. No obstante, es claro que el Concesionario sólo está obligado a asumir el valor efectivamente pagado por dicho concepto, vale decir, que en caso el monto sea inferior al tope máximo establecido en el Contrato de Concesión, es claro que el restante le pertenece a quien lo abonó, que en este caso es el Concesionario.
- 3.21 El mismo razonamiento se emplearía en el supuesto hipotético en el que para la Supervisión de Diseño se requiera emplear un monto mayor al porcentaje que para ello se estableció en el Contrato de Concesión, ya que, en tal supuesto, el Concesionario solo se encontraría obligado a asumir el costo de dicha Supervisión hasta el monto máximo dispuesto por las partes. Ello, en razón de que así lo señala el Contrato al haber establecido expresamente que el 1% del Monto Referencial de la Inversión antes mencionado es un tope máximo para el caso de la supervisión de diseño, pudiendo ser el gasto efectivo menor, pero no mayor.



- 3.22 Así, resulta unívoca la redacción de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, en el sentido que el Concesionario debe destinar hasta un máximo de 1% del monto referencial de Inversión a la Supervisión de Diseño, y siendo una consecuencia lógica de ello que, en caso el valor del servicio contratado por la APN resultara inferior al monto máximo permitido, debe retornarse el excedente del monto pagado por el Concesionario precisamente por tratarse de un tope máximo. Se considera entonces que no existe oscuridad, ambigüedad o duda en la Cláusula en cuestión que impida o haga inviable su aplicación y que, por tanto, justifique que el Consejo Directivo ejercite -de oficio- la facultad de interpretación del Contrato de Concesión a fin de esclarecer su contenido y facilitar su aplicación.
- 3.23 En efecto, siendo explícito el Contrato de Concesión al establecer que los porcentajes referidos en la cláusula 6.10 para la contratación de los servicios de Supervisión de Obras y Diseño constituyen topes máximos, mal haría el Regulador en ejercitar su facultad de interpretación, pues no existe una necesidad demostrada que lo justifique.
- 3.24 Ahora bien, como se ha mencionado, en virtud del Contrato de Concesión, el Concesionario se encontraba obligado a pagar a la APN un monto que estaba destinado para cubrir los servicios de Supervisión de Diseño. Estos recursos que el Concesionario transfirió en el marco del Contrato de Concesión para efectos que, con cargo a los mismos, se paguen los mencionados servicios, tienen un origen contractual privado y, por tal motivo, no se integran a su presupuesto institucional para su ejecución como recursos públicos, no desprendiéndose tampoco del tenor de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión que las partes hayan querido someter dichos porcentajes de supervisión al régimen aplicable a los recursos públicos, a pesar de su origen privado.
- 3.25 Por el contrario, de la cláusula 6.10 en cuestión se puede advertir que el desembolso de los porcentajes antes mencionados fue realizada por el Concesionario única y exclusivamente con la finalidad de que, con cargo a ellos, se cubran los gastos derivados de la Supervisión de Obra y Diseño. En ningún caso, el Contrato de Concesión establece que dichos fondos constituyen ingresos de la APN o que esta podrá disponer de ellos, según sus necesidades institucionales. De asumirse lo contrario – esto es que la APN pueda otorgar a los porcentajes un tratamiento de recurso público-, supondría una contravención del Contrato de Concesión por una de las partes, en este caso el Estado, así como del principio de buena fe contenido en el artículo 1362 del Código Civil, según el cual “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.
- 3.26 Sobre el particular, este Regulador ha señalado mediante el Informe N° 015-2015-GSF-GAJ-OSITRAN, que al haberse previsto en el Contrato de Concesión que el Concesionario es el obligado a asumir los costos que demanden las actividades de supervisión de obras, dichos fondos devienen en obligaciones asumidas en mérito de un Contrato, lo cual los diferencia de los recursos de la Entidad que contrata el servicio (en este caso, la APN).
- 3.27 Cabe indicar además que ningún extremo de la cláusula 6.10 aludida dispone que de existir algún saldo del monto abonado por el Concesionario, la Entidad contratante se encuentra facultada a utilizarlo para fines distintos o para supervisar contratos de concesión diferentes a aquél en cumplimiento del cual se realizó el abono, por lo que la APN no podría utilizar tales recursos para otros fines, encontrándose, en consecuencia, obligada a devolver los remanentes que pudieran existir.



- 3.28 En dicha línea, es preciso recalcar que el monto otorgado por el Concesionario para la Supervisión de Diseño forma parte de una obligación del Concesionario en el marco del Contrato de Concesión, el cual solo puede utilizarse para cubrir la referida supervisión; este argumento lo ha sostenido la misma APN, a través del Memorando N° 0183-2015-APN/UAJ, emitido por su Unidad de Asesoría Jurídica, en el que se indica expresamente lo siguiente:

"En ese sentido y dado que a la fecha la supervisión de diseño ha concluido y, que de confirmarse por las áreas de DIRTEC y OGA que existe un saldo que no ha sido utilizado por la APN en la supervisión antes indicada, corresponde que el mismo sea devuelto al Concesionario, máxime si tenemos en cuenta que el monto no utilizado no puede ser destinado a los fondos o presupuesto institucional de la APN, por no constituir recursos de la APN contemplados en el artículo 26 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional."

{Subrayado agregado}

- 3.29 Cabe señalar que la afirmación de la APN se sustenta en el artículo 26 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, el que establece lo siguiente:

*"Artículo 26.- Recursos de la Autoridad Portuaria Nacional
Constituyen recursos de la Autoridad Portuaria Nacional*

- a) Los ingresos financieros que generen sus recursos;*
- b) Los porcentajes que le corresponde de los ingresos de los recursos provenientes de los compromisos contractuales suscritos con el sector privado;**
- c) Los recursos que le asigne el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con cargo al presupuesto del Sector;*
- d) Las tasas e ingresos que le corresponden;*
- e) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras."*



- 3.30 De la lectura del citado artículo resulta evidente que el monto remanente de la Supervisión de Diseño, no encaja en ninguno de los recursos que le corresponden a la APN en su calidad de Entidad Pública; por lo que coincidimos con lo señalado por la Unidad de Asesoría Jurídica de la referida institución, ya que tales remanentes no constituyen recursos públicos.

- 3.31 Adicionalmente a los argumentos desarrollados, debe tomarse en cuenta que el saldo del depósito del 1% del Monto Referencial de la Inversión no utilizado en la Supervisión de Diseño, saldo señalado en el numeral 3.16 del presente informe, no constituye inversión reconocible para fines tarifarios.



- 3.32 En ese sentido, a la luz de lo expuesto anteriormente, se advierte que en el presente caso no existe concepto oscuro o ambiguo alguno que impida la aplicación del Contrato de Concesión,

* Sobre este tipo de ingreso, es preciso mencionar que el mismo se refiere al porcentaje otorgado a la APN en el marco de las inversiones en infraestructura portuaria y no para la supervisión de diseño, tal como lo señala la Décimo Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, la cual señala:

"Décimo quinta.- En todos los compromisos contractuales que se celebren en el marco del artículo 11 de la presente Ley se establecerá un porcentaje, no menor del 3%, para ser invertido por la Autoridad Portuaria Nacional en el Sistema Portuario Nacional en función de los requerimientos del Plan Nacional de Desarrollo Portuario, de los gastos operativos de la Autoridad Portuaria Nacional; y del Fondo de Compensación del Desarrollo Portuario, que se organiza en el Reglamento de la presente Ley. Otro porcentaje, que será definido en el reglamento, será transferido a la Autoridad Marítima para el cumplimiento de sus respectivas competencias en la defensa, seguridad y protección ambiental en las aguas jurisdiccionales del país."

específicamente de la Cláusula 6.10; por lo que, no corresponde que OSITRAN interprete de oficio la mencionada Cláusula, ya que ha quedado claro que lo señalado en el presente Informe se desprende de la propia aplicación de la cláusula en cuestión.

- 3.33 Por ello, en aplicación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, dado que a la fecha la Supervisión de Diseño ha concluido y, luego de efectuada la liquidación del contrato respectivo, se ha determinado que la totalidad de los fondos depositados por el Concesionario no han sido utilizados por la APN, existiendo un saldo remanente, corresponde que dicho saldo sea devuelto al Concesionario, toda vez que tales fondos no pueden ser destinados por la APN a fines distintos a los regulados de forma expresa en el Contrato de Concesión, siendo que una actuación distinta a la señalada, conllevaría a una contravención al Contrato de Concesión. Ello, considerando que, conforme al texto del Contrato de Concesión, el Concesionario sólo está obligado a asumir el costo de la Supervisión de Diseño, siendo el 1% un porcentaje que demarca un monto límite que sirve como parámetro para la contratación de dichos servicios.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 4.1 Al ser claro el contenido de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, en cuanto a la naturaleza de los porcentajes ahí establecidos para efectos de la contratación de la Supervisión de Diseño, no se evidencia la necesidad de interpretar el alcance de la misma, dado que de su lectura se advierte que el sentido de la cláusula es unívoco al señalar que los porcentajes establecidos en el Contrato de Concesión para la contratación de los servicios de Supervisión de Diseño y de Supervisión de Obras constituyen montos máximos y no fijos, sin que exista oscuridad, ambigüedad o duda que impidan su aplicación, siendo que, por el contrario, la Cláusula 6.10 debe ser aplicada de acuerdo a su texto.
- 4.2 En lo que respecta a la solicitud de devolución presentada por el Concesionario ante la APN, en tanto dichos fondos se derivan del cumplimiento de una obligación contractual y como tales tienen una finalidad determinada por el Contrato de Concesión, la entidad receptora de tales fondos (en este caso, la APN) no se encuentra en la posibilidad de utilizarlos para fines distintos, ni mucho menos disponer de ellos como si se tratase de recursos públicos de la Entidad.
- 4.3 Se recomienda que se eleve el presente Informe, para consideración y aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Atentamente,


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal GAJ 19377
Ref. 8139 y 10116

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 1546-2016-66

PARA :SCD

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

FECHA : 27/05/16

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº xx-2016-CD-OSITRAN

Lima, xx de mayo de 2016

VISTOS:

El Oficio Nº 1266-2016-MTC/25, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Carta ADM-0278-2016, remitida por Transportadora Callao S.A., el Oficio Nº 338-2016-APN/JGG-UAJ, remitido por la Autoridad Nacional Portuaria, y el Informe Nº xxxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha xx de mayo de 2016, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 28 de enero de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con la Empresa Transportadora Callao S.A. (el Concesionario), el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación por veinte (20) años, del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, en adelante, el Contrato de Concesión;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley Nº 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la citada Ley, otorga a OSITRAN 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 de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 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 de OSITRAN en única instancia administrativa. Además, dicha norma prevé que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, mediante Acuerdo Nº 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 (en adelante, los Lineamientos);

Que, conforme a los referidos Lineamientos, el procedimiento de interpretación del contenido del Contrato de Concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dichos Lineamientos establecen que pueden solicitar la interpretación del Contrato de Concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados;

Que, de acuerdo al numeral 6.1 de los 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 la Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo declaró Improcedente la solicitud de interpretación presentada por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, al no calificar como tercero legítimamente interesado, y adicionalmente, dispuso que correspondía evaluar si de oficio era necesario realizar una interpretación de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, para lo cual previamente debía contarse con la opinión del MTC, la APN y el Concesionario, al ser las Partes que suscribieron el Contrato de Concesión;

Que, en atención a lo solicitado por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 013-2016-CD-OSITRAN, se remitieron a OSITRAN los siguientes documentos: i) la Carta ADM-0278-2016, remitida por el Concesionario; ii) el Oficio N° 1266-2016-MTC/25, remitido por el MTC; iii) el Oficio N° 338-2016-APN/GG-UAJ, presentado por la APN, al cual adjuntó el Informe Legal N° 278-2016-PAN-UAJ;

Que, la Gerencias de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° xxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN del xx de mayo de 2016, realizan el análisis correspondiente, concluyendo lo siguiente:

- i. Al ser claro el contenido de la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, en cuanto a la naturaleza de los porcentajes ahí establecidos para efectos de la contratación de la Supervisión de Diseño, no se evidencia la necesidad de interpretar el alcance de la misma, dado que de su lectura se advierte que el sentido de la cláusula es unívoco al señalar que los porcentajes establecidos en el Contrato de Concesión para la contratación de los servicios de Supervisión de Diseño y de Supervisión de Obras constituyen montos máximos y no fijos, sin que exista oscuridad, ambigüedad o duda que impidan su aplicación, siendo que, por el contrario, la Cláusula 6.10 debe ser aplicada de acuerdo a su texto.
- ii. En lo que respecta a la solicitud de devolución presentada por el Concesionario ante la APN, en tanto dichos fondos se derivan del cumplimiento de una obligación contractual y como tales tienen una finalidad determinada por el Contrato de Concesión, la entidad receptora de tales fondos (en este caso, la APN) no se encuentra en la posibilidad de utilizarlos para fines distintos, ni mucho menos disponer de ellos como si se tratase de recursos públicos de la Entidad.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, de conformidad con la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, que aprueba los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y

Reconversión de Contratos de Concesión, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° xxxx-16-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar que no existe ambigüedad, oscuridad, contradicción o falta de claridad que amerite que el Consejo Directivo efectúe de oficio la facultad de interpretación del Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, respecto del alcance de la Cláusula 6.10.

Artículo 2.- Disponer que, en aplicación de la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización comunique a la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y al Ministerio de Economía y Finanzas que, en lo que respecta a la solicitud de devolución presentada por el Concesionario ante la APN, en tanto dichos fondos se derivan del cumplimiento de una obligación contractual y como tales tienen una finalidad determinada por el Contrato de Concesión, la entidad receptora de tales fondos (la APN) no se encuentra en la posibilidad de utilizarlos para fines distintos, ni mucho menos disponer de ellos como si se tratase de recursos públicos de la Entidad.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° xxx-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y sus antecedentes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Autoridad Portuaria Nacional y a la Empresa Transportadora Callao S.A.

Artículo 4.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° xxxx-2016-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo
OSITRAN