



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 021-2016-CD-OSITRAN

Lima, 22 de abril de 2016

VISTOS:

El Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización, y Asesoría Jurídica de OSITRAN y el Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ que adjunta el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, de la Autoridad Portuaria Nacional;

CONSIDERANDO:

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



Que, mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjunta el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la APN indicó –entre otros- que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014, del mes de setiembre de 2014 el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenedorizada, indicando que tanto DPWC como APM Terminals S.A.C. (APMT) pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores);

Que, en el citado documento APN solicitó que OSITRAN se pronuncie respecto al alcance de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, puesto que conforme al análisis realizado a las Bases del Concurso de Proyectos Integrales, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario y el Contrato de Concesión, en el Terminal Sur únicamente resultaría factible atender carga contenedorizada, estableciéndose como única excepción el caso de graneles sólidos y líquidos, con expresa autorización de la APN, sin considerar que se pueda movilizar otro tipo de cargas;

Que, tal como ha sido reconocido por la APN en el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, el Concesionario tiene una posición contraria a la de APN, al considerar que el Contrato de Concesión no limita los servicios que este puede brindar únicamente a carga contenedorizada, pudiendo prestar servicios respecto a carga distinta, siendo que sólo en caso de carga a granel requiere autorización de APN. Asimismo, este Regulador ha tomado conocimiento de que el Concesionario sustenta su posición –entre otros- en que desde la segunda versión de su tarifario, ha venido ofertado servicios a carga no contenedorizada (carga proyecto, carga rodante y carga fraccionada), lo cual ha sido ratificado en el año 2010 por la APN, que mediante Resolución 214-2010-APN/GG le aprobó el Reglamento de Operaciones de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

DPWC, en el que se incluyó de forma expresa la prestación de servicios de carga distinta a la carga contenedorizada;

Que, de acuerdo a lo indicado por la APN y por el Concesionario, se advierte que la cláusula 8.16 viene siendo entendida por estos de dos maneras distintas:

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

Que, el inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 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 económica. Específicamente, en el caso de las Entidades Prestadoras concesionarias (como es DP WORLD Callao S.R.L.), el título que otorga a dicha empresa el derecho de realizar sus actividades de explotación de la infraestructura vial, es precisamente el Contrato de Concesión;

Que, el artículo 29 del Reglamento General del 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. Adicionalmente, dicha norma reglamentaria precisa que la referida interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación;

Que, en ese orden normativo, 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). El numeral 6.1 de los Lineamientos prevé expresamente que, "OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los Contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917)";

Que, se advierte que al tener dos lecturas distintas, la cláusula 8.16 puede resultar ambigua para las Partes, impidiendo con ello su correcta aplicación acorde con la real voluntad de las Partes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión. De esta forma, se ha puesto de manifiesto al Regulador la existencia de una posible ambigüedad u oscuridad respecto a los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, relacionada al tipo de carga que puede ser atendida por el Concesionario, lo cual justifica el inicio del procedimiento de interpretación

OSITRAN
VºBº
M. CARRILLO

OSITRAN
GERENTE GENERAL (e)

OSITRAN
VºBº
GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN (e)

OSITRAN
VºBº
JP CALLE
GERENTE DE ASESORIA JURÍDICA

OSITRAN
VºBº
PRESIDENCIA



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

contractual, a fin de que el Regulador, de oficio, determine la existencia de una ambigüedad u oscuridad en la disposición contractual que lleve a aclarar su sentido para posibilitar su correcta ejecución;

Que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9.6 del artículo 9 del REGO, uno de los principios que rigen la actuación de OSITRAN, es el principio de transparencia, según el cual el Regulador debe velar por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones, siendo que toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles;

Que, en cumplimiento del principio de transparencia y teniendo en consideración que en el Puerto del Callao opera actualmente otro operador portuario que también presta servicios a carga distinta a la carga en contenedores y carga a granel, se considera que para el presente caso, además de notificar la presente Resolución y el Informe respectivo a las Partes del Contrato de Concesión, dichos documentos deben notificarse al concesionario APM Terminals S.A.C. al ser un tercero interesado, recomendándose además la publicación en el Diario Oficial El Peruano, para que tanto los usuarios como el público en general tomen conocimiento del inicio de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión;

Que, luego de revisar y discutir el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, por Acuerdo de Consejo Directivo adoptado su sesión de fecha 22 de abril de 2016;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a DP WORLD CALLAO S.R.L., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, en su condición de Partes del Contrato de Concesión, para que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, remitan su posición a OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a APM Terminals S.A.C. y al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional, en su condición de terceros interesados, para que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, remitan su posición a OSITRAN, de considerarlo pertinente.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), y conforme a lo dispuesto en la normatividad vigente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 5°.- Publicar la presente Resolución y el Informe N° 017-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Diario Oficial "El Peruano". Asimismo, otorgar un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de efectuada la publicación en el referido Diario, para que los interesados remitan sus comentarios a OSITRAN, por escrito a su sede ubicada en Calle Los Negocios 182, Piso 4 - Surquillo, o por medio electrónico a info@ositran.gob.pe, respecto al inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.



Regístrese, comuníquese y publíquese.




PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 14604

INFORME N° 017 -16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

A : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

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

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Interpretación de Oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

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

Fecha : 18 de abril de 2016

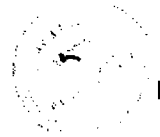


I. OBJETO

1. El objeto del presente informe es analizar el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, a efectos de determinar el tipo de carga que puede ser atendida por el Concesionario.

I. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), suscribió con la empresa DP World Callao S.A., hoy DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario o DPWC), el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión), para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de dicha infraestructura. Dicho contrato fue modificado mediante Adenda N° 01 suscrita con fecha 11 de marzo de 2010.
3. Mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjunta el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA/UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la APN indicó –entre otros- que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014, del mes de setiembre de 2014, el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenedorizada, indicando que tanto DPWC como APM Terminals S.A.C. (APMT) pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). En este sentido, APN solicitó que este Regulador se pronuncie respecto al alcance de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión,



a efectos de determinar si el Concesionario sólo puede atender carga contenedorizada, siendo la única excepción a dicha regla la atención de carga a granel sólida y líquida, para lo cual el Concesionario debe solicitar previamente la aprobación de APN.

II. ANÁLISIS

4. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se evaluarán los siguientes puntos:
- Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - Distintas lecturas respecto de los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión

5. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
6. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM², dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los contratos de concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura³. La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases 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.
7. Por su parte, el numeral 6.1 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), precisa que OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un contrato de concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.

¹ Ley N° 26917.- "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.

(...)"

² Modificado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM.

³ Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, 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.

8. De esta forma, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente y los Lineamientos de OSITRAN.
9. En ese orden normativo, en cumplimiento de una de las funciones principales atribuidas a este Organismo Regulador, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar, de oficio o a pedido de parte o de terceros legitimados, el Contrato de Concesión.

B. Distintas lecturas respecto de los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión

10. Mediante Oficio N° 166-2016-APN/GG-UAJ, que adjuntó el Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, notificado a OSITRAN el 19 de febrero de 2016, la APN indicó –entre otros- que mediante Carta N° GAC.DPWC.144.2014 de setiembre de 2014 el Concesionario remitió un documento de trabajo del que se desprende la intención de DPWC de movilizar otro tipo de carga distinta a la contenedorizada, indicando que tanto DPWC como APMT pueden atender el mismo tipo de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). Así, el Concesionario indicó que conforme a las estimaciones de demanda, podría adquirirse adicionalmente al equipamiento propuesto, una grúa móvil de muelle para facilitar la movilización de carga no contenedorizada. Adicionalmente, el Concesionario señaló lo siguiente:

"(...) En tal sentido, considerando que en el Puerto del Callao existen dos operadores que son competidores directos en la prestación de los servicios portuarios prestados a las naves y a las cargas que arriban al Callao (salvo para la atención de graneles sólidos y líquidos para los cuales DPWC requiere autorización expresa de la Autoridad Portuaria Nacional) tanto DPWC como APMT pueden atender a los mismos tipos de carga (carga rodante, carga fraccionada y contenedores). (...)"

11. De esta manera, la APN ha puesto en conocimiento del Regulador el análisis efectuado respecto a la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, a través del Informe Técnico – Legal N° 039-2014-APN/DIPLA-UAJ, en el que concluye lo siguiente:

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

12. Asimismo, tal como ha sido reconocido por la APN en dicho Informe, el Concesionario tiene una posición contraria a la de APN, en el sentido que el Contrato de Concesión no limita los servicios que este puede brindar únicamente a carga contenedorizada, pudiendo prestar servicios respecto a carga distinta, pero sólo en caso de carga a granel requiere autorización de APN.
13. La cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, referida a los servicios especiales que puede prestar el Concesionario, indica lo siguiente:

"SERVICIOS ESPECIALES

(...)

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

14. Por su parte, la sección VIII del Contrato de Concesión se refiere a la Explotación de la concesión, la cual es definida en la cláusula 1.20.48 de la siguiente forma:

"1.20.48. Explotación

Comprende los siguientes aspectos: la operación y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, la Prestación Exclusiva de los Servicio Estándar y los Servicios Especiales dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur; y 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, en los términos establecidos en el Contrato [de Concesión]."

15. Como puede advertirse, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, la explotación de la infraestructura concedida a DPWC incluye la prestación de Servicios Estándar y Servicios Especiales.
16. Los alcances de los servicios se encuentran establecidos principalmente en la cláusula 8.14 para el Servicio Estándar y en las cláusulas 8.15 y 8.16 para los Servicios Especiales. De la lectura de la cláusula 8.14 se advierte que el alcance del Servicio Estándar está claramente referido a carga contenedorizada:

"SERVICIO ESTÁNDAR

8.14. *Son aquellos servicios que, durante el período de vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO presta obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y comprenden en el caso de embarque, desde que un contenedor ingresa al Terminal hasta que la Nave en la que se embarque el contenedor sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro del contenedor por el Usuario. En ambos casos, incluye una permanencia del contenedor en el Terminal hasta de cuarenta y ocho (48) horas libres de pago, así como cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que el contenedor ingrese en el patio del Terminal para su posterior embarque.*

(...)



- b. *Servicios en función a la carga:*
Comprende los servicios de descarga/embarque del contenedor, mediante el uso de la grúa pórtico del Muelle, así como la utilización de la infraestructura del Terminal (...)
Los contenedores podrán permanecer hasta cuarenta y ocho (48) horas depositados en el Terminal a libre disposición del Usuario. (...)
(el subrayado es nuestro)

17. En contraposición, los Servicios Especiales no están definidos en función de determinado tipo de carga o característica del servicio. Por el contrario, son definidos de manera residual, vale decir, como aquellos servicios que no constituyen Servicio Estándar:

"1.20.88. Servicios Especiales

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

18. Bajo ese parámetro, las cláusulas 8.15 y 8.16 del Contrato de Concesión señalan lo siguiente en torno a los Servicios Especiales:

"SERVICIOS ESPECIALES

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

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

19. Estando al texto transcrito, la cláusula 8.15 indica que la prestación de Servicios Especiales es facultativa del Concesionario, no pudiendo estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Asimismo, la cláusula 8.16 establece que la movilización de graneles sólidos o líquidos es considerada en el Contrato de Concesión como un Servicio Especial, siempre que exista expresa autorización de la APN, o que estos representen carga contenedorizada

20. No obstante ello, de acuerdo a lo indicado por la APN y por el Concesionario, se advierte que la cláusula 8.16 viene siendo entendida por estos de dos maneras distintas:

- (i) Posición de APN: que el Contrato de Concesión solo faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenedorizada, siendo la única excepción a esta regla la prestación de servicios a carga a granel, siempre que para ello DPWC cuente previamente con autorización de la APN o que esta represente carga contenedorizada; o

- (ii) Posición del Concesionario: que el Contrato de Concesión faculta al Concesionario a prestar servicios a carga contenedorizada, pudiendo prestar adicionalmente servicios a cualquier otro tipo de carga; sin embargo, sólo para el caso de mercancías a granel, el Concesionario requiere autorización previa de la APN.

21. Esta lectura distinta de la cláusula 8.16 ha surgido como consecuencia de que, para la APN, tanto de la literalidad de la cláusula como de las Circulares 4, 6, 10, 12, 13 y 18 que forman parte de las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión (Libro Blanco de la Concesión), se desprende que el Concesionario solo puede prestar servicios a carga contenedorizada, siendo la única excepción a esta regla la prestación de servicios a carga a granel, siempre que para ello DPWC cuente previamente con autorización de la APN.
22. Por su parte, este Regulador ha tomado conocimiento de que el Concesionario sustenta su posición respecto de que puede prestar servicios a otro tipo de carga (adicionalmente a la contenedorizada y la prestación de servicios a carga a granel) en que desde la segunda versión de su tarifario, ha venido ofertado servicios a carga no contenedorizada (carga proyecto, carga rodante y carga fraccionada), lo cual ha sido ratificado en el año 2010 por la APN, que mediante Resolución 214-2010-APN/GG le aprobó el Reglamento de Operaciones de DPWC, en el que se incluye de forma expresa la prestación de servicios de carga distinta a la carga contenedorizada.
23. Siendo ello así, se advierte que al tener dos lecturas distintas, la cláusula 8.16 puede resultar ambigua para las Partes, impidiendo con ello su correcta aplicación acorde con la real voluntad de las Partes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión. De esta forma, se ha puesto de manifiesto al Regulador la existencia de una posible ambigüedad u oscuridad respecto a los alcances de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión, relacionada al tipo de carga que puede ser atendida por el Concesionario, lo cual justifica el inicio del procedimiento de interpretación contractual, a fin de que el Regulador, de oficio, determine la existencia de una ambigüedad u oscuridad en la disposición contractual que lleve a aclarar su sentido para posibilitar su correcta ejecución.
24. Cabe señalar que el Consejo Directivo de OSITRAN es el órgano con facultades para disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio, de conformidad con el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM⁴, norma que le otorga a dicho Colegiado la facultad de pronunciarse sobre aspectos relacionados con la interpretación de contratos de concesión.

⁴ **Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo**

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao;

25. En el supuesto que el Consejo Directivo estime conveniente dar inicio a dicho procedimiento de interpretación contractual, deberá informar su decisión al Concedente y al Concesionario, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.4 de los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.
26. Adicionalmente, cabe indicar que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9.6 del artículo 9 del REGO, uno de los principios que rigen la actuación de OSITRAN, es el principio de transparencia, según el cual el Regulador debe velar por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones, siendo que toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles.
27. En tal sentido, en cumplimiento del principio de transparencia y teniendo en consideración que en el Puerto del Callao opera actualmente otro operador portuario que también presta servicios a carga distinta a la carga en contenedores y carga a granel, se considera que para el presente caso, además de notificar el presente Informe y la resolución respectiva a las Partes del Contrato de Concesión, dichos documentos deben notificarse al concesionario APM Terminals S.A.C. y al Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional, al ser estos terceros interesados, recomendándose además la publicación en el Diario Oficial El Peruano, para que tanto los usuarios como el público en general tomen conocimiento del inicio de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

III. CONCLUSIONES

Del análisis realizado se advierte que la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas:

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

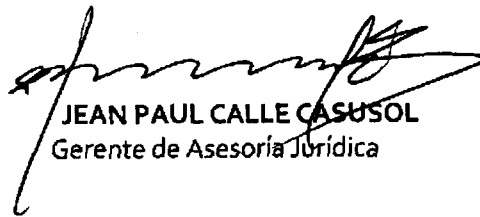
IV. RECOMENDACIÓN

Se recomienda poner en consideración del Consejo Directivo el presente informe, a fin de que dicho órgano colegiado, de estimarlo conveniente, disponga el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.16 del Contrato de Concesión.

Atentamente


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 13791-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 1109-2016-66
PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 19/04/16

