



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 071-2013-CD-OSITRAN

Lima, 13 de noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) contra la Resolución N° 049-2013-CD-OSITRAN, el Informe N° 046-13-GREGS-GAL-OSITRAN de fecha 8 de noviembre de 2013, emitido por las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal, y el proyecto de Resolución correspondiente; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APMT;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el literal a) y b) del numeral 7.1 del artículo 7 de la referida Ley N° 26917 prescriben que es función de OSITRAN administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito; así como operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito teniendo en cuenta que cuando exista un contrato de concesión con el Estado, se debe velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, los artículos 16 y 17 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisan que en ejercicio de su función regulatoria, OSITRAN puede determinar las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura de uso público, estableciendo que el Consejo Directivo ejerce la función reguladora de manera exclusiva. Además, se precisa que el ejercicio de esta función incluye, entre otros, la revisión de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios por la utilización de la Infraestructura bajo su competencia;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, el artículo 208 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba;

Que, con fecha 14 de noviembre de 2013, mediante oficio N° 087-2011 APMTC/GC, APMT remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia del Servicio Especial denominado "Corte y Vaciado de Sacos en Bodega de la Nave" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI);

Que, el 16 de marzo del 2012, INDECOPI remitió a APMT la Carta N° 127-2012/PRE-INDECOPI, la cual adjuntaba el Informe Técnico N° 007-2012/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de dicha entidad, a través del cual dicha institución concluye que el servicio especial propuesto por APMT no es prestado en condiciones de competencia;

Que, el 21 de junio de 2013, mediante Carta N° 063-2013-APMT/GC, el Concesionario solicita al OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el Servicio Especial de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave;

Que, el 07 de agosto de 2013, mediante Resolución N° 049-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del OSITRAN declaró infundada la solicitud presentada por APMT para el inicio de procedimiento de fijación tarifaria para el citado servicio especial;

Que, con fecha 5 de septiembre de 2013, APMT interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 049-2013-CD-OSITRAN, solicitando que sea dejada sin efecto en el extremo que se declara infundado el inicio de procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave;

Que, con fecha 9 de septiembre de 2013, APMT solicitó una audiencia para hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSITRAN;

Que, con fecha 05 de noviembre de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el Consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra;

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al caso materia de análisis, el Consejo Directivo expresa su conformidad con el Informe de vistos, el cual lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa formando parte del sustento y motivación de la presente Resolución de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal a) y b) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3 de la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como del artículo 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General;





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución N° 049-2013-CD-OSITRAN, por los fundamentos contenidos en el Informe N° 046-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 046-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, a APM Terminals Callao S.A.; así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, en el diario oficial El Peruano y, disponer la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 046-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.




PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 33514



INFORME N° 046-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN



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

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

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Asunto: Reconsideración contra la Resolución de N° 049-2013-CD-OSITRAN

Fecha: 13 de noviembre de 2013

I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN que declaró infundada la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación de tarifa para el servicio de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave, como un Servicio Especial en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APMT.
3. El 14 de noviembre de 2013, mediante oficio N° 087-2011 APMT/GC, APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia del Servicio Especial denominado "Corte y Vaciado de Sacos en Bodega de la Nave" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
4. En la misma fecha, mediante oficio N° 088-2011 APMT/GC, APMT remitió al OSITRAN copia de la Carta dirigida a INDECOPI.
5. El 16 de marzo del 2012, INDECOPI remitió a APMT la Carta N° 127-2012/PRE-INDECOPI, la cual adjuntaba el Informe Técnico N° 007-2012/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de dicha entidad, la cual concluye que el servicio especial propuesto por APMT no es prestado en condiciones de competencia.



6. El 21 de junio de 2013, mediante Carta N° 063-2013-APMT/GC, el Concesionario solicita al OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el Servicio Especial de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave.
7. El 07 de agosto de 2013, mediante Resolución N° 049-2013-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del OSITRAN declaró infundada la solicitud presentada por APMT para el inicio de procedimiento de fijación tarifaria para el citado servicio especial.
8. Con fecha 5 de septiembre de 2013, APMT interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, solicitando que dicha Resolución sea dejada sin efecto en el extremo que se declara infundado el inicio de procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave.
9. Con fecha 9 de septiembre de 2013, APMT solicitó una audiencia para hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSITRAN.
10. Con fecha 05 de noviembre de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el Consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra.

III. CUESTIONES PREVIAS

11. Tal como se ha señalado, APMT mediante su Recurso de Reconsideración impugna la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN que declaró infundada el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitado por APMT respecto al Servicio Especial de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave, por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar a la carga fraccionada y carga sólida a granel.
12. A fin de emitir un pronunciamiento, corresponde evaluar primero la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración.

III.1 Sobre la admisibilidad del recurso de reconsideración

13. Los recursos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). En efecto, el numeral 1 del artículo 206° de dicha ley establece la facultad de contradicción frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, la misma que procede a través de los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión señalados en el numeral 1 del artículo 207° del mismo cuerpo normativo.
14. El artículo 208° de la Ley de Procedimiento Administrativo General prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
15. Con relación al recurso de reconsideración, según Morón Urbina *"El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, (...) Presume que si*



la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido para evitar el control posterior del superior¹.

16. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la LPAG, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios.
17. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer los recursos administrativos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto².
18. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
 - Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG y sea autorizado por letrado.

19. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN.

a. La Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, que declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitado por APMT respecto al servicio de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave, por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar a la carga fraccionada y carga sólida a granel, fue emitida por el Consejo Directivo. APMT interpuso ante el mismo órgano el recurso de reconsideración. Dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor (el Consejo Directivo), se entiende cumplido el primer requisito.

b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora del organismo, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), el artículo 17° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es

¹ Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina, en la obra "Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", al referirse al artículo 207°- Recursos administrativos de la Ley Nro. 27444, afirma que "Resulta consustancial a la naturaleza del recurso que sea planteado por el administrado (...) por cuanto para contradecir es necesario sustentar que la decisión ocasiona un agravio al interesado."

² Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

"212.- Acto Firme

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



competencia de dicho órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6º, concordado con el artículo 1º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración a que se alude en el artículo 208º de la LPAG, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo órgano revise su decisión y vuelva emitir el pronunciamiento respectivo. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.

c. Conforme lo establece el numeral 133.1 del artículo 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que APMT fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, el 14 de agosto de 2013, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 5 de septiembre de 2013; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207º de la LPAG.

d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, se desestimó el pedido de APMT por fijar la tarifa del servicio de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave, por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés por lo que tiene el derecho de interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.

20. El recurso de reconsideración interpuesto por APMT, presentado el 5 de septiembre de 2013, consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113º de la LPAG. En conclusión, se debe considerar que el dicho recurso ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la LPAG.

III.2. Sobre la procedencia del recurso de reconsideración

21. A fin de analizar la procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por APMT, se procederá a desarrollar el marco contractual y normativo que regula el Contrato de Concesión.

El Contrato de Concesión

22. El Contrato de Concesión con relación al marco legal aplicable, establece lo siguiente:

1.23.68. Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."

1.23.73 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.



1.23.94. REGULADOR

Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el artículo 24° del reglamento que aprueba el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM), así como los actos administrativos que emita, son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

LEY APLICABLE

- 16.1 El Contrato de Concesión se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, expresa que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que la SOCIEDAD CONCESIONARIA declara conocer.

23. Por su parte, con relación al régimen económico, el Contrato de Concesión establece:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

- 8.23. Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos condiciones."

[El subrayado es nuestro]

Marco Legal aplicable al Contrato de Concesión:

24. El literal b) del numeral 3.1) del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N° 27332; señala que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito.



25. En ese orden de ideas, el artículo 6 de la Ley de Creación de OSITRAN³, señala que OSITRAN ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias. Asimismo, el Literal b) del Numeral 7.1) del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
26. Adicionalmente, los artículos 16 y 17 del REGO precisan que en ejercicio de su función regulatoria, OSITRAN puede determinar las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura de uso público, estableciendo que el Consejo Directivo ejerce la función reguladora de manera exclusiva. Además, se establece que el ejercicio de dicha función incluye, entre otros, la revisión de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios por la utilización de la Infraestructura bajo su competencia.
27. En ese sentido, el artículo 5º del RETA⁴, establece que la regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN.
28. Asimismo, los artículos 10º y 11º del RETA disponen que el régimen tarifario regulado es aplicable en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado; sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.
29. Por otro lado, los artículos 9º y 24º del RETA establecen que dicho Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo contrato de concesión si este no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el contrato de concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos (artículos 9 y 24⁵).
30. Considerando lo antes expuesto, a continuación nos referiremos a los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración presentado por APMT.



IV. ANÁLISIS

IV.1. Marco general de actuación del OSITRAN

31. Si bien constituye uno de los objetivos del OSITRAN contenidos en el artículo 5 de su Ley de creación, Ley N° 26917, el "Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte", no menos cierto es que su misión, conforme lo establece el artículo 3 de la



³ 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.

⁴ **Artículo 5.- Competencia exclusiva del OSITRAN**

La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transportes de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN, con forme lo establece el Literal b) del numeral 7.1 de la Ley 26917. En tal sentido, corresponde al OSITRAN disponer: i) la fijación, revisión o desregulación de Tarifas Máximas, ii) el establecimiento de reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y iii) el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan las reglas para la aplicación de tarifas."

⁵ Ídem.

mencionada Ley, es "...regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios..." (el subrayado es nuestro).

32. En consecuencia, las funciones del OSITRAN se desarrollan en el marco de los límites de actuación contenidos en dicha Ley y en la observancia de los principios y normas orientadoras de su accionar contenidas en la normatividad del ámbito de su competencia, las cuales han sido plenamente respetadas y aplicadas por OSITRAN, tal como lo veremos en los acápite siguientes.

IV.2. Materia controvertida por APMT

33. En el Recurso de reconsideración presentado por el Concesionario se argumenta que el servicio de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave representa un servicio de cambio de embalaje de carga fraccionada a granel sólido y, en tal sentido, no formaría parte del Servicio Estándar. Dicha afirmación es sustentada en los argumentos siguientes:

- El Servicio Estándar no implica modificar el embalaje de la carga.
- La modificación de embalaje es considerada como un Servicio Especial en la práctica portuaria nacional e internacional.
- La actividad de segregación no posee ninguna relación con el servicio de Corte y vaciado de sacos en bodega de la nave.
- Existe el riesgo de que cualquier modificación del embalaje no se refleje en una contraprestación económica.
- Los ejemplos planteados en el Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN implican desconsolidación.

a) Sobre la modificación de embalaje de la carga

34. De acuerdo a lo manifestado por APMT, el "servicio de corte y vaciado de sacos en bodega de la nave" implica una modificación sobre el tipo de carga atendida, cambio que no estaría incluida en el Servicio Estándar a la Carga Fraccionada. En efecto, en el Recurso de Reconsideración se afirma que:

"De esta manera, por medio del presente Recurso contradecimos en todos sus extremos los argumentos expuestos en el Informe, puesto que no los consideramos válidos por una serie de razones, siendo la principal que se confunde el significado de 'actividad de cambio de embalaje' por aquel correspondiente a la 'actividad de acomodo de carga'".⁶

[El subrayado es nuestro]

35. En el numeral 4.2.1 del documento denominado "Propuesta de Tarifa Máxima por el Servicio Especial Corte y vaciado de sacos en Bodega de la Nave" presentado por APMT, el servicio es descrito como "cortar los sacos de carga fraccionada y vaciar su contenido en la bodega de la nave".

36. En consecuencia, de la definición propuesta por el Concesionario, se desprende que el servicio de "corte y vaciado de sacos en bodega de nave" no involucra un cambio en el embalaje de la carga fraccionada, sino que el servicio se realiza para acomodar la carga

⁶ Recurso de reconsideración a la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, párrafo 32.



dentro de la bodega de la nave, lo cual corresponde a la actividad de estiba. Precisamente, el estibar la carga en la nave involucra "colocar, distribuir e inmovilizar la mercancía de manera adecuada a bordo del buque, en los espacios reservados para la carga"⁷.

37. Asimismo, el Concesionario sostiene que el servicio no se encuentra incluido explícitamente en el Contrato de Concesión entre las actividades que comprende el Servicio Estándar:

*"Como se observa, el referido Servicio Estándar aplicable a la Carga Fraccionada, el cual comprende adicionalmente tres días libres de almacenamiento, no incluye expresamente las actividades de 'Corte y Vaciado de Sacos en Bodega de la Nave'."*⁸

38. Sobre el particular, cabe precisar que en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se detallan los servicios o actividades que incluye el Servicio Estándar para carga fraccionada:

"8.19 SERVICIOS ESTÁNDAR

(...)

b) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de la Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido del Terminal Norte Multipropósito.

(...)

En el caso de carga fraccionada, el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de descarga/embarque, incluyendo la estiba/desestiba utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario;*
- ii) El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque;*
- iii) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje, patio y Nave- para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.*
- iv) El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información;*
- v) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información; y*
- vi) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente. (...)"*

Como la cláusula lo precisa, el Servicio Estándar para la carga fraccionada incluye el servicio de la estiba/desestiba de carga.

39. Sobre el particular, la Cláusula 1.23.49, define el servicio de Estiba /Desestiba de la manera siguiente:

⁷ Gonzáles, R. (2006). *Manual de estiba para mercancías sólidas*. Edicions UPC. P. 10.

⁸ *Ibíd.*, párrafo 39.



"1.23.49. Estiba/Desestiba

Implica el movimiento de la carga desde la zona de muelle hasta su colocación en la bodega o cubierta del buque o viceversa de forma segura a través de medios mecánicos, como grúas." [El subrayado es nuestro]

40. Como el propio Contrato lo señala, la actividad de estiba involucra la "colocación" de la carga en la bodega del buque. Es decir, el servicio de "corte y vaciado de sacos en bodega de la nave" se realiza para acomodar la carga en la bodega de la nave. Por esta razón, en el Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN, se concluyó que este servicio forma parte de la estiba/desestiba, tal y como está definida en el Contrato de Concesión.
41. Por otro lado, en su recurso de reconsideración el Concesionario sostiene que durante el proceso de embarque o desembarque no debe modificarse el estado de la carga atendida en todo el proceso de embarque o descarga:

"(...) resulta evidente que APM TERMINALS, en todo el proceso de embarque o descarga en el que se brinda el Servicio Estándar, no debe modificar el tipo de carga atendida (es decir, tanto la mercancía como el embalaje propio de la misma). Por tanto, el estado de la mercancía debe mantenerse tal cual fue entregado por el usuario para el embarque o desembarque de la misma, a efectos que APM TERMINALS se encargue de brindar los Servicios Estándar correspondientes en función al tipo de carga encomendada para su movilización.

(...)

En este sentido, el Servicio Estándar aplicable en función al tipo de carga, no implica modificar el embalaje de la misma; puesto que lo antes señalado podría interpretarse como una modificación realizada sobre el tipo de carga atendida, lo cual afectaría el estado y/o contenido de la mercancía transportada en la nave.⁹

42. Por definición, el servicio propuesto por el Concesionario no implica una modificación del envase o embalaje. El supuesto cambio de envase o embalaje, tal y como lo sugiere el Concesionario, debería involucrar que después de realizar el corte y vaciado de los sacos en la bodega de la nave, la harina de pescado debió de colocarse en otros recipientes o embalajes. Este proceso no se presenta en el servicio que propone el Concesionario, en consecuencia, no es correcto afirmar que se trate de una "modificación del embalaje".
43. Es decir, el "servicio de corte y vaciado de sacos en bodega de la nave" es una actividad que se realiza dentro de la nave y tiene por finalidad de acondicionar la mercancía en la bodega, acorde con las características propias del producto y del plan de estiba de la nave. No se trata de una modificación en el "envase" o "embalaje", como lo propone el Concesionario.
44. Un elemento más a considerar que muestra que este servicio, forma parte del servicio de estiba que ofrecen los terminales portuarios, **es que a nivel nacional e internacional no existen terminales portuarios que presten y cobren por el servicio de "corte y vaciado de sacos en bodega de la nave"**. Al respecto, en el numeral 8.2.3 del documento denominado "Propuesta de Tarifa Máxima por el Servicio Especial: Corte y vaciado de sacos en Bodega de la Nave" presentado por APMT se señala lo siguiente:

⁹ Ibíd., párrafos 41 y 44.

[...]

Del análisis de los tarifarios públicos de diversos terminales portuarios a nivel mundial, no se ha podido identificar terminales portuarios que presten y cobren el servicio bajo análisis en su forma exacta. No obstante, se ha podido identificar una muestra de dos terminales portuarios que prestan el servicio de corte y vaciado de sacos pero en zonas de almacenamiento.

[...]

Es decir, en su propuesta tarifaria el Concesionario reconoce que no existen Terminales Portuarios que ofrezcan el servicio en cuestión y por esta razón se ve obligado a utilizar tarifas que provienen de actividades de consolidación (y desconsolidación¹⁰) de carga en zona de almacenamiento, las cuales no son comparables con el servicio que están proponiendo, pues este servicio se brinda en el embarque de la carga.

b) **Sobre la modificación de embalaje como un Servicio Especial**

45. El Concesionario sostiene que la modificación del embalaje de la carga es considerada como un servicio adicional al Servicio Estándar en la práctica nacional e internacional. Afirma también que en la gran mayoría de los casos, dichas modificaciones se realizan en el área de almacenamiento y cita como ejemplo el hecho que, en la mayoría de las instalaciones portuarias, los sacos de harina de pescado son colocados en contenedores, actividad por la cual se cobra bajo el concepto del servicio de consolidación.



46. En efecto, el cambio de embalaje en zona de almacenamiento (y no en nave) es considerado como un servicio especial en la práctica nacional internacional. Sin embargo, como se mencionó en la sub sección anterior, el servicio que propone el Concesionario no involucra una modificación del embalaje.

47. Al respecto, en su propuesta tarifaria el Concesionario define el "servicio de corte y vaciado de sacos en bodega de la nave" como el "corte de los sacos y vaciado de su contenido en la bodega de la nave", precisando que "el corte de los sacos se prestará a bordo de la nave, específicamente en la cubierta o bodega de la nave, es decir, luego de que los sacos con carga hayan sido embarcados desde el muelle a la nave".



48. De la definición propuesta por el Concesionario, se desprende que el servicio en cuestión difiere completamente del servicio de cambio de embalaje. Los sacos de harina no se abren para colocarlos en otros envases o embalajes, se cortan con la finalidad de acondicionarlos en la bodega de la nave. En otras palabras, se estiba la carga en la bodega de la nave, tal y como lo establece el Contrato de Concesión.



49. Adicionalmente, el servicio que propone el Concesionario se brinda exclusivamente en la nave, mientras que el embalaje se realiza en espacios portuarios destinados a almacenamiento. Por consiguiente, se trata de servicios que no son comparables desde el punto de vista de la operación portuaria.



¹⁰ En el Tarifario del Terminal Portuario de Matarani, esta tarifa forma parte de las actividades de "consolidación y desconsolidación" de carga".

c) **Sobre la actividad de segregación**

50. Otro de los argumentos utilizados por el Concesionario en su Recurso de reconsideración, es que la actividad de segregación no posee ninguna relación con el servicio de corte y vaciado de sacos en la bodega de la nave, de manera que la incorporación del término segregación para justificar que dicho servicio forme parte del Servicio Estándar no tendría relevancia.
51. Con relación a este punto, cabe precisar que en el párrafo 30 del Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN se sostiene lo siguiente:

"30. Es necesario precisar que, cuando el terminal portuario presta el servicio estiba éste no sólo consiste en colocar las mercancías en la nave sino que, además, involucra segregadas y ubicarlas en el espacio de carga adecuado en función de las características de los productos que reciben el servicio. Es decir, cuando se realiza la estiba o desestiba, la carga debe ser distribuida e inmovilizada a bordo del buque en los espacios reservados para cada tipo de carga."

52. La mención de la actividad de "segregación" en el Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN, tiene por finalidad precisar que el servicio de estiba/desestiba no consiste únicamente en la colocación de las mercancías en la bodega o cubierta del buque, también podría involucrar separar (es decir, segregadas) los diferentes tipos de carga dentro de la bodega de la nave, si es que fuera necesario, acorde con las particularidades de la mercancías que se transportan y el plan de estiba de la nave.

Por ejemplo, se puede producir un problema de contaminación cuando se estiban mercancías con diferentes características en una misma bodega. Es decir, algunos productos que despiden olores penetrantes, deberían ser estibados lejos de los alimentos (separados o segregados). Es el caso de algunas frutas y pescados que no pueden colocarse en las cercanías de los sacos de café, harina o azúcar, ya que estos absorben los olores.

d) **Sobre el riesgo de que cualquier modificación del embalaje no se refleje en una contraprestación económica**

53. El Concesionario señala que: "existe el riesgo de que cualquier usuario pueda demandar la modificación de la forma de embalaje de su mercancía en cualquier momento del proceso en el que se otorga el Servicio Estándar, sin que exista la posibilidad que APMT reciba una contraprestación por dicha modificación del embalaje"¹¹. Para fundamentar dicha afirmación, cita como ejemplos los casos siguientes:

- (1) La disposición de pescado congelado dentro de contenedores cuando dicha mercancía se encuentra en el muelle (luego del desembarque de bodega de nave a muelle para su retiro del Terminal Norte o transferencia hacia área de almacenamiento).
- (2) La colocación de sacos de arroz de 50 kg dentro de *big bags* (sacos de más de una tonelada) una vez que los sacos se encuentren en la bodega de la nave.
- (3) La disposición de mercancía a granel (como maíz, trigo o soya) en sacos antes de su traslado al muelle.

¹¹ Recurso de reconsideración a la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN, párrafo 57.

(4) La colocación de sacos de café dentro de contenedores en el área de almacenamiento, antes de realizar el carguío al medio de transporte que trasladará la carga al muelle.

54. Con relación a los ejemplos citados, cabe precisar que los casos (1) y (4) no corresponden a modificaciones de la forma de embalaje, sino que son casos de consolidación de contenedores, actividad que está contemplada en el Contrato de Concesión como un Servicio Especial por el cual el Concesionario puede cobrar un Precio. En efecto, en el Anexo 22 del el Contrato de Concesión se define la consolidación de contenedores como el "servicio de llenado de un contenedor con mercancía proveniente de uno, de dos o más embarcadores".

Adicionalmente, como se señalo anteriormente, estas actividades deben realizarse en zonas primarias previamente verificadas por la SUNAT y no en la nave. Por lo tanto, el ejemplo no es consistente con el servicio propuesto por el Concesionario.

55. Respecto al ejemplo (2), cabe precisar que el Concesionario admite que se trata de una situación hipotética, que no se ha observado en el Terminal Norte ni en otros puertos. La razón es que estas actividades se realizan en la zona de almacenamiento y no en la nave, por aspectos normativos y de operación portuaria.



56. Respecto al ejemplo (3) es importante reparar en que la disposición de carga sólida a granel en sacos antes de su traslado hacia el muelle para el embarque es una actividad que es realizada en zonas de almacenamiento Portuarias o Extra Portuarias. Por consiguiente, no serían comparables con el servicio que propone el Concesionario porque esta última forma parte de la estiba que se realiza en la nave.

57. Cabe precisar que en el Servicio Estándar, el Contrato de Concesión prevé la obligación del Concesionario de almacenar la carga durante un período de tiempo, sin embargo, esta actividad no involucra el cambio de embalaje de la carga. Por consiguiente, si podría tratarse como un servicio diferente al Servicio Estándar.

En la eventualidad que deba almacenarse, será como carga fraccionada (en sacos) ya que el corte y vaciado recién se realiza en la cubierta de la nave, al momento del embarque



En consecuencia, no es cierta la afirmación que hace APMT en el sentido que el Regulador considera que el Concesionario deba "asumir todas las actividades que el usuario demande desde la recepción de la carga en el área de almacenamiento hasta su disposición o carguío al medio de transporte".¹²



- e) **Sobre los ejemplos planteados en el Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN**

58. Por último, APMT cuestiona que en el Informe N° 028-13-GRE-GAL-OSITRAN se incluya a modo de ejemplo que "en el caso de la harina de pescado, ésta podría ser enviada ensacada y acomodada en pallets o, en su defecto, los sacos podrían ser cortados en el interior del buque"¹³. En opinión del Concesionario, la estiba de los pallets no significa en ningún caso la "despaletización" de la harina de pescado del pallet.



¹² Ibid., página 18.

¹³ Informe N° 028-GRE-GAL-OSITRAN, párrafo 31.

59. Cabe precisar que en el citado informe, no se afirma que la separación de los sacos de harina de pescado en *pallets* sea una actividad que forme parte del Servicio Estándar. Lo que se señaló es que existen diferentes maneras de transportar la harina de pescado en la bodega de la nave, una de estas formas es en sacos que por lo general se encuentran acomodados en *pallets*.
60. Por consiguiente, la carga fraccionada puede ser envasada o embalada de diferentes formas, las cuales determinan el tipo de estiba que requieren para ser embarcada (o desembarcada). Al respecto, Gonzáles (2006) señala lo siguiente:

"La estiba de mercancías significa aplicar unos procedimientos de manipulación que, como ya se ha dicho, estarán en función del tipo de mercancía, variando según sean los espacios donde se deben ubicar a bordo. Estos procedimientos buscarán no dañar la infraestructura del buque y mantener la integridad de las mercancías durante las operaciones."¹⁴ [Subrayado Nuestro]

Que existan formas distintas de estibar debido a las características propias del producto que se está embarcando, no implica que se trate de servicios diferentes. Sólo se trata de formas diferentes de estibar la carga en la bodega de la nave, pero esto no involucra que sean nuevos servicios especiales.



V. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

1. El servicio de corte y vaciado de sacos en bodega de la nave consiste en cortar los sacos que ingresa como carga fraccionada y vaciar su contenido en la bodega de la nave. Es decir, los sacos de harina no se abren para colocarlos en otros envases o embalajes, se cortan con la finalidad de acondicionarlos en la bodega de la nave. Es decir, se trata del acomodo de la mercancía que es un supuesto del servicio de estiba a bordo de la nave, el cual forma parte del Servicio Estándar.
2. El que existan formas distintas de estibar debido a las características propias del producto que se está embarcando, no implica que se trate de servicios diferentes. Sólo se trata de formas diferentes de estibar la carga en la bodega de la nave, pero esto no involucra que sean nuevos servicios especiales. La estiba de mercancías implica utilizar procedimientos de manipulación en función del tipo de mercancía, variando según sean los espacios donde se deben ubicar a bordo



VI. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes mencionadas, se recomienda al Consejo Directivo de OSITRAN declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-CD-OSITRAN.

¹⁴ Gonzáles, R. (2006). *Manual de estiba para mercancías sólidas*. Edicions UPC. P. 27.

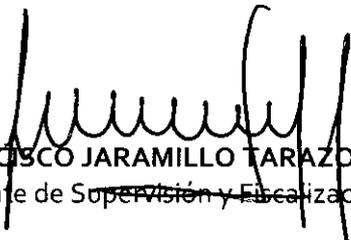
Atentamente,



MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos



JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización



BENJAMIN DE LATORRE LASTARRIA
Jefe de Regulación

REG.SAL. 32499