RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 045-2016-CD-OSITRAN

Lima, 10 de agosto de 2016

VISTOS:

El Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 04 de agosto de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia de Supervisión y Fiscalización y, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

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 artículo 16° del Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establece que OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura, en virtud de un título legal o contractual;

Que, el artículo 17° del REGO establece que la Función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

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 (MTC), en su calidad de Concedente; y, APM Terminals Callao S.A. (APMT) en calidad de Concesionario;

Que, la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece el mecanismo que deberá ser atendido por la concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, el mismo que se inicia con la presentación de la propuesta del servicio especial ante el INDECOPI, con copia al Regulador, para que INDECOPI se pronuncie respecto la existencia de condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica;

Que, el análisis que efectúa el INDECOPI solo está referido a las condiciones de competencia del servicio especial que propone APMT, por lo que no existe una evaluación de fondo por parte de dicha entidad respecto a la naturaleza del servicio portuario, esto es, si el servicio propuesto por APMT es, en efecto, uno especial;

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

Que, con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre OSITRAN y el INDECOPI a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMT en el marco de lo establecido en la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, entre el 17 y el 21 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la sesión 94 del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (en adelante, OMI). En dicha sesión se aprobó la Resolución MSC.380(94), mediante la cual se enmendó la regla 2 del capítulo IV del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS, por sus siglas en inglés) para requerir la verificación obligatoria de la masa bruta de los contenedores a embarcar. Las enmiendas aprobadas mediante la resolución antes citada entraron en vigencia el 1 de julio de 2016;

Que, mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2016-APN/DIR, publicada el 29 de junio de 2016, la Autoridad Portuaria Nacional aprobó la "Noma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (VGM) para los contenedores llenos";

Que, mediante Carta N° 346-2016-APMTC/LEG, recibida el 1 de julio de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio "Emisión de certificado VGM";

Que, con fecha 15 de julio de 2016 se llevó a cabo una audiencia privada entre miembros de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica y representantes del Concesionario, con el objetivo de aclarar ciertos aspectos referentes a la prestación del servicio propuesto;

Que, el Informe de Vistos señala que el referido servicio no califica como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo por las siguientes razones:

i. El servicio propuesto tiene como alcance únicamente la emisión del certificado de la masa bruta verificada - VGM de los contenedores de embarque. Ello es posible en la medida que la información a utilizar para la preparación del referido certificado corresponde al peso del contenedor que se obtiene como parte del Servicio Estándar. En tal sentido, no se verifica la necesidad de asignar personal adicional, ni tampoco de adecuar los sistemas informáticos para la elaboración, emisión y entrega del certificado VGM. Por el contrario, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente incluida dentro de los alcances de los Servicios Estándar a la carga en contenedores y que se viene prestando desde el inicio de operaciones de APMT.

ii. El alcance y características del servicio propuesto no difieren de la actividad de transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores de embarque, por lo cual se enmarca dentro del servicio estándar, dado que: (a) El servicio propuesto por APMT resulta necesario o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga. El pesaje de los contenedores, el cual conlleva a la obtención de la masa bruta verificada, y la transmisión electrónica de la información de pesaje son actividades esenciales para completar el proceso de embarque de contenedores. En efecto, desde un punto de vista operativo, es necesario que la línea naviera cuente con

la información antes señalada como insumo para la correcta estiba de la carga. Asimismo, desde un punto de vista legal, es necesario que las autoridades aduaneras cuenten con esta información en virtud de lo establecido en la Resolución N° 500-2010/SUNAT/A del 27/08/2010 Procedimiento INTA-PG-09; (b) Es una actividad que se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga y (c) Su prestación es obligatoria por parte del Concesionario, en virtud que son actividades necesarias para completar el proceso de embarque/descarga de contenedores y, por ende, el Concesionario es el único que puede prestar dichas actividades.

iii. Las actividades dentro del alcance del servicio propuesto, si bien forman parte del Servicio Estándar, tampoco se encuentran incluidas en los Servicios Especiales considerados en el Contrato de Concesión, ni en aquellos que se han creado bajo el procedimiento considerado en la Cláusula 8.23 del mismo.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe de Vistos, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27838, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, y a lo dispuesto por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1979-597-16-CD-OSITRAN, adoptado en su sesión de fecha 10 de agosto de 2016;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que el servicio denominado "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; dado que se enmarca dentro del alcance del Servicio Estándar previsto en el referido Contrato.

Artículo 2°.- Disponer la notificación de la presente Resolución, así como el Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a la empresa concesionaria APM Terminals Callao S.A., al INDECOPI, así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines pertinentes.

Artículo 3°.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 28622

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

INFORME Nº 033-216-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
05 AGO 2016
RECIBIDO
FIRMA: HORA: 11:50

OSITRAN
SECRETARIA CONSEJO DIRECTIVO
05 AGO 2016
RECIBIDO
Firma: Hora: 08:06

Para: **PATRICIA REYNAGA ALVARADO**
Gerente General (e)

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: Propuesta de servicio de "Emisión de certificado VGM"

Fecha: 04 de agosto de 2016

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente Informe es determinar si el servicio propuesto por APM Terminals Callao S.A. denominado "Emisión de certificado VGM" (en adelante, el servicio propuesto) califica como un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o como servicio nuevo, según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN[1], o si, por el contrario, califica como parte del Servicio Estándar, considerando la información provista por el Concesionario.

II. ANTECEDENTES

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

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 APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en calidad de Concesionario.

OSITRAN V°B° F. JARAMILLO GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

3. Con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre OSITRAN y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMT en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, que señala que INDECOPI se pronuncia sobre las condiciones de competencia del servicio propuesto.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

4. Entre el 17 y el 21 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la sesión 94 del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (en adelante, OMI). En dicha sesión se aprobó la Resolución MSC.380(94), mediante la cual se enmendó la regla 2 del capítulo IV del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS, por sus siglas en inglés) para requerir la verificación obligatoria de la

---

[1] *"Artículo 3.- Definiciones*
(...)
Servicios Nuevos: Son aquellos servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público que por primera vez son prestados a los usuarios de una determinada infraestructura."

masa bruta de los contenedores a embarcar.[2] Las enmiendas aprobadas mediante la resolución antes citada entraron en vigencia el 1 de julio de 2016.

5. Mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2016-APN/DIR, publicada el 29 de junio de 2016, la Autoridad Portuaria Nacional aprobó la "Noma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (VGM) para los contenedores llenos".

6. Mediante Carta N° 346-2016-APMTC/LEG, recibida el 1 de julio de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio "Emisión de certificado VGM".

7. Con fecha 15 de julio de 2016 se llevó a cabo una audiencia privada entre miembros de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica y representantes del Concesionario, con el objetivo de aclarar ciertos aspectos referentes a la prestación del servicio propuesto.

III. ANÁLISIS

III.1 PROCEDIMIENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALES NO PREVISTOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

8. La Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

> *"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 y condiciones."*
>
> [Subrayado nuestro]

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

OSITRAN V°B° GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

[2] Ver: http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Cargoes/Containers/Documents/resolution%20MSC-380-94.pdf

9. Como puede advertirse de la citada cláusula, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos conforme a la definición contenida en el RETA, APMT deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que el primero se pronuncie sobre las condiciones de competencia en un plazo de 70 días calendario.

10. Ahora bien, con el objetivo de establecer un mecanismo que genere predictibilidad en la aplicación del procedimiento seguido por INDECOPI y OSITRAN en el marco de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, y de esta forma generar certeza a APMT sobre si el servicio cuyas condiciones de competencia se someten a evaluación de INDECOPI podrá ser prestado bajo la forma de un Servicio Especial, con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre ambas entidades.

11. Dicho Convenio establece que el procedimiento para la prestación de un Servicio Especial se inicia con la presentación de la propuesta de servicio efectuada por APMT al INDECOPI, con copia a OSITRAN, a efectos que INDECOPI se pronuncie sobre las condiciones de competencia. Una vez recibida la propuesta de Servicio Especial en copia, OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, se pronunciará respecto a la naturaleza del servicio. El plazo máximo de OSITRAN para pronunciarse es de 30 días hábiles. En el presente caso, este plazo vence el 16 de agosto de 2016.

12. Si OSITRAN determina que el servicio propuesto por APMT es un Servicio Especial, el INDECOPI se pronunciará sobre la existencia de las condiciones de competencia, dentro del plazo de 70 días calendario que está transcurriendo desde la fecha de presentación de propuesta de servicio. Por el contrario, si OSITRAN determina que el servicio propuesto por APMT no es un Servicio Especial, el INDECOPI podrá emitir su pronunciamiento, señalando que en virtud a lo resuelto por el Regulador, no corresponde realizar el análisis de condiciones de competencia.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

III.2 ALCANCES DEL SERVICIO PROPUESTO

13. En la Carta N° 346-2016-APMTC/LEG (en adelante, la Propuesta de Servicio Especial), el Concesionario sostiene que el servicio denominado "Emisión de certificado VGM" posee el alcance siguiente:

> *"Elaboración, emisión y entrega del certificado de masa bruta verificada (VGM, por sus siglas en inglés) del contenedor lleno de embarque a los usuarios que lo soliciten. Este incluye la entrega del mencionado certificado por los medios que resulten idóneos".*

OSITRAN V°B° F.J. CARRILLO GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

14. Según lo manifestado por el Concesionario, los demandantes del servicio propuesto y responsables de su pago serán, por lo general, los exportadores (o sus representantes) ya que la responsabilidad de la obtención del certificado, según la normativa internacional y nacional, recae sobre el embarcador. Asimismo, según afirma APMT, las líneas navieras de contenedores (o sus representantes) podrían demandar el servicio en algunos casos, aunque finalmente quien debe asumir el costo será el embarcador.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

III.3 ANÁLISIS DEL SERVICIO PROPUESTO

15. De acuerdo a lo manifestado por APMT, la necesidad logística del servicio propuesto surge a partir de la enmienda que la OMI efectuó en una de las reglas del Convenio SOLAS, por la cual se dictamina la necesidad de verificar el peso de los contenedores de manera previa

al embarque. En tal sentido, a continuación se analizan dichas disposiciones para luego evaluar si el servicio propuesto califica como un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o como servicio nuevo, según la definición del RETA.

A. *Respecto a la necesidad de verificación de la masa bruta de contenedores de embarque*

16. Mediante Resolución MSC.380(94), adoptada el 21 de noviembre de 2014, se enmendó la regla 2 del capítulo IV del Convenio SOLAS. En virtud de dicha modificación, que entró en vigencia el 1 de julio de 2016, un contenedor lleno no podrá ser embarcado si no cuenta con un documento de expedición que indique la masa bruta verificada (VGM, por sus siglas en inglés).

17. De acuerdo con las Directrices relativa a la masa bruta verificada de los contenedores con carga[3], aprobadas por la OMI, la masa bruta verificada corresponde a la masa bruta total de un contenedor lleno, la cual es obtenida por uno de los métodos descritos en el párrafo 5.1 del referido documento. Estos métodos son los siguientes:

> *"5.1.1 Método Nº 1: Concluidos la arrumazón y el sellado del contenedor, el expedidor podrá pesar el contenedor lleno o disponer que una tercera parte lo pese.*
>
> *5.1.2 Método Nº 2: El expedidor (o la tercera parte que el expedidor haya dispuesto), podrá pesar todos los bultos y elementos de la carga, añadiendo la masa de las paletas, la madera de estiba y demás material de embalaje/envasado y de sujeción que se arrume en el contenedor, y añadir la masa de la tara del contenedor a la suma de cada masa utilizando el método certificado descrito en los párrafos 5.1.2.3 y 5.1.2.3.1. Cualquier tercero que haya realizado la totalidad o parte de la arrumazón del contenedor debe informar al expedidor acerca de la masa de los elementos de la carga y del material de embalaje/envasado y seguridad que ha arrumado en el contenedor, a fin de facilitar que el expedidor verifique la masa bruta del contenedor lleno conforme al Método Nº 2. Con arreglo al párrafo 5 de la regla VI/2 del Convenio SOLAS, el expedidor debe asegurarse de que la masa bruta verificada del contenedor se proporciona con tiempo suficiente antes del embarque. Las partes comerciales interesadas deberían acordar el modo en que el expedidor y las terceras partes han de comunicarse dicha información."*[4]

18. El 24 de junio de 2016, mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2016-APN/DIR, la Autoridad Portuaria Nacional aprobó la "Norma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada/*verified gross mass* (VGM)

---

[3] OMI (2014). *Guidelines regarding the verified gross mass of a container carrying cargo*. Disponible en: http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Cargoes/Containers/Documents/MSC.1%20Circ.1475.pdf (último acceso: 3 de agosto de 2016).

[4] Traducción libre de:
"5.1.1 Method No.1: Upon the conclusion of packing and sealing a container, the shipper may weigh, or have arranged that a third party weighs, the packed container.
5.1.2 Method No.2: The shipper (or, by arrangement of the shipper, a third party), may weigh all packages and cargo items, including the mass of pallets, dunnage and other packing and securing material to be packed in the container, and add the tare mass of the container to the sum of the single masses using a certified method as described in paragraphs 5.1.2.3 and 5.1.2.3.1. Any third party that has performed some or all of the packing of the container should inform the shipper of the mass of the cargo items and packing and securing material that the party has packed into the container in order to facilitate the shipper's verification of the gross mass of the packed container under Method No.2. As required by SOLAS VI/2 and paragraph 5, the shipper should ensure that the verified gross mass of the container is provided sufficiently in advance of vessel loading. How such information is to be communicated between the shipper and any third party should be agreed between the commercial parties involved."

para los contenedores llenos" (en adelante, la Norma Técnica). En la citada norma se establecen disposiciones para la certificación de la masa bruta verificada de los contenedores llenos, en cumplimiento a las regulaciones contenidas en el Convenio SOLAS.

19. De acuerdo con lo establecido en la Norma Técnica, corresponde al Expedidor obtener y documentar la Masa Bruta Verificada - VGM de un contenedor lleno. Al respecto, es importante precisar que en la Norma Técnica se define al Expedidor o Embarcador de la manera siguiente:

> *"Artículo III: Glosario de términos*
> *(...)*
>
> *j) Expedidor o Embarcador: Entidad o persona jurídica mencionada en el conocimiento de embarque o en la carta de porte marítimo o documento de transporte multimodal equivalente (por ejemplo, un conocimiento de embarque "directo") como Expedidor y/o la persona que haya concertado (o en cuyo nombre o por cuenta de la cual se haya concertado) un contrato de transporte de mercancías con una línea naviera. Para la presente norma considérese también al exportador o su representante."*

20. Adicionalmente, en la Norma Técnica se establece que la Masa Bruta Verificada - VGM del contenedor lleno se obtendrá del pesaje del contenedor, el cual debe efectuarse con equipos de pesaje calibrado y con certificación vigente (de acuerdo con lo reglamentado por el Instituto Nacional de la Calidad - INACAL), ya sea en depósitos temporales, terminales portuarios, el local del exportador u otros que designe este último.

21. De la misma manera, en la norma técnica se detallan los dos métodos antes descritos para obtener la Masa Bruta Verificada – VGM del contenedor lleno; añadiendo que, para el primer método, el instrumento de pesaje debe tener la capacidad de emitir un comprobante o ticket cuyos datos permitan el cálculo de la Masa Bruta Verificada - VGM a partir de la tara del vehículo de transporte y/o la tara del contenedor, o en todo caso emita directamente la Masa Bruta Verificada - VGM

22. Por último, en el artículo 4 de la Norma Técnica se señala también que la línea naviera o su representante recibirá información respecto del peso del contenedor en dos momentos:

> *"Artículo 4: Entrega del contenedor*
>
> *4.1 El Expedidor deberá remitir a la línea naviera o su representante, el documento de expedición, indicando la Masa Bruta Verificada - VGM correspondiente.*
>
> *4.2 El terminal portuario según su procedimiento operativo proporciona a la línea naviera o su representante la información del peso del contenedor obtenido al ingreso del terminal."*

B. Respecto a la naturaleza del servicio propuesto y su relación con los Servicios Estándar

23. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, los Servicios Estándar incluyen todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o la descarga. En virtud de ello, para el caso del embarque, el Servicio Estándar comprende desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito (en adelante, TNM) hasta que la nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, considera desde el amarre de la nave hasta el retiro de la carga por el

usuario. Asimismo, el Servicio Estándar incluye un periodo de permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito libre de pago.

24. En la mencionada cláusula se establece también que los Servicios Estándar se dividen en Servicios en función a la nave y Servicios en función a la carga. Estos últimos comprenden los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido del TNM. Asimismo, se especifica que la Tarifa por los Servicios en función a la carga contenedorizada 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 trinca o destrinca.*
> *v) El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información.*
> *vi) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información;*
> *vii) La revisión de precintos; y*
> *vii) 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."*
>
> [Subrayado nuestro]

25. En la cláusula antes citada se observa que los Servicios Estándar incluyen explícitamente dentro de sus alcances al servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información del peso del contenedor. Dicha información debe ser transmitida vía electrónica a la SUNAT y a la línea naviera (o sus representantes).

26. A pesar de lo anterior, APMT argumenta que el servicio propuesto es una actividad nueva, que surge a partir de la modificación del Convenio SOLAS y que demandará la asignación de personal y la adecuación de sistemas informáticos para la elaboración, emisión y entrega del certificado VGM. Asimismo, argumenta que no está obligado a prestar este servicio, por lo que podría decidir no hacerlo.

27. APMT sostiene que el servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información, se diferencia del servicio propuesto, entre otras cosas, porque el primero incluye ambas actividades (pesaje y transmisión electrónica de la información de pesaje), mientras que el servicio propuesto tiene como alcance la emisión de un certificado y no la actividad de pesaje.

28. Es importante notar que la actividad de pesaje por sí misma no genera valor agregado para el demandante de dicha actividad, sino que es necesario que se remita la información del peso del contenedor (ya sea en formato físico o electrónico) a quienes corresponda. Por otro lado, para poder enviar información respecto de la masa de un contenedor, necesariamente debe realizarse de manera previa la actividad de pesaje. En tal sentido, no resulta razonable separar ambos aspectos en dos servicios distintos, tal como pretende el Concesionario.

29. A pesar de lo anterior, el servicio propuesto tiene como alcance únicamente la emisión del certificado de la masa bruta verificada - VGM de los contenedores de embarque. Ello es posible en la medida que la información a utilizar para la preparación del referido certificado corresponde al peso del contenedor que se obtiene como parte del Servicio Estándar.

30. En efecto, de acuerdo a lo manifestado por el Concesionario en reunión sostenida el 15 de julio de 2016, el certificado VGM contendrá información de la masa bruta verificada del contenedor, la cual corresponde al pesaje que se realiza utilizando las balanzas ubicadas en las puertas del TNM, contrastando el peso del camión que ingresa portando el contenedor de exportación y el peso del camión vacío que sale del terminal.[5]

31. Adicionalmente, en caso exista doble transacción[6], el certificado VGM contendrá información que se obtiene contrastando el peso del camión que ingresa portando el contenedor de exportación y el peso del camión vacío antes de recibir el contenedor de importación.

32. En tal sentido, no se verifica la necesidad de asignar personal adicional, ni tampoco de adecuar los sistemas informáticos para la elaboración, emisión y entrega del certificado VGM. Por el contrario, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente incluida dentro de los alcances de los Servicios Estándar a la carga en contenedores y que se viene prestando desde el inicio de operaciones de APMT.

33. Cabe indicar que APMT también argumenta que "*el documento o certificado VGM es distinto al documento (formato) de pesaje que como parte del servicio estándar, se transmite electrónicamente a las autoridades SUNAT y los usuarios*". No obstante, es importante señalar que el peso del contenedor lleno obtenido mediante la actividad de pesaje que forma parte del Servicio Estándar, se encuentra inmerso dentro del concepto de *masa bruta verificada* a que se refiere la Norma Técnica, por lo que la mera adecuación de un formato no implica la necesidad de asignar personal ni equipos adicionales en cada oportunidad que será remitido el certificado.

34. Por otro lado, es importante tener en cuenta que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, se aprobó el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN sobre la interpretación de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. En dicho informe se indicó que los Servicios Estándar presentan, entre otros, las siguientes características:

    (i) Su prestación es necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga.
    (ii) Son actividades que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, con lo cual son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas.
    (iii) Son de prestación obligatoria por parte del Concesionario, como resultado de que se cumple la característica (i) y que el Concesionario es el único que puede prestarlos

[5] Dicho método para obtener la masa bruta verificada de un contenedor es considerado como válido según el Artículo 2 de la Norma Técnica (Método N° 1).

[6] La doble transacción hace referencia al caso en el cual un camión entra al TNM con un contenedor de exportación y sale del TNM con un contenedor de importación.

(en concordancia con la Cláusula 2.7[7] del Contrato de Concesión referida a la exclusividad que tiene el Concesionario para la prestación de todos los servicios dentro del TNM).

35. Respecto de los Servicios Especiales, el referido informe señaló que, al ser prestados únicamente a solicitud de los Usuarios, puede decirse que son efectuados de forma esporádica en algún momento del flujo operativo – portuario del proceso de embarque o desembarque de la carga, y que responde a ciertas particularidades de las mercancías atendidas o a requerimientos específicos de algunos Usuarios.

36. Asimismo, se señaló que, de las definiciones establecidas en el propio Contrato de Concesión, los Servicios Estándar y Especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio –regulatorio– en sus definiciones.

37. Sobre el particular, teniendo en cuenta la interpretación efectuada por el Consejo Directivo y considerando que ha quedado demostrado que el alcance y características del servicio propuesto no difieren de la actividad de transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores de embarque, se verifica que:

(i) El servicio propuesto por APMT resulta necesario o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga. El pesaje de los contenedores, el cual conlleva a la obtención de la masa bruta verificada, y la transmisión electrónica de la información de pesaje son actividades esenciales para completar el proceso de embarque de contenedores. En efecto, desde un punto de vista operativo, es necesario que la línea naviera cuente con la información antes señalada como insumo para la correcta estiba de la carga. Asimismo, desde un punto de vista legal, es necesario que las autoridades aduaneras cuenten con esta información en virtud de lo establecido en la Resolución N° 500-2010/SUNAT/A del 27/08/2010 Procedimiento INTA-PG-09.

(ii) Es una actividad que se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga. Independientemente de las particularidades de las mercancías transportadas, todo contenedor que es embarcado a través del TNM debe ser pesado y la información generada a partir de dicha actividad de pesaje debe ser transmitida a autoridades y usuarios.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

OSITRAN V°B° F. JARAMILLO GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

[7] *"2.7. Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (i) la entrega en Concesión para el diseño, financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito, se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en los numerales 10.3 y 11.3 de los artículos 10 y 11 de la LSPN modificados por el Decreto Legislativo N° 1022; (ii) el Terminal Norte Multipropósito califica como infraestructura portuaria nueva, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo N° 863-188- 16/07/2010/D adoptado por el Directorio de la APN en sesión de fecha 16 de julio de 2010, el mismo que forma parte integrante del presente Contrato de Concesión como Anexo 21, y (iii) la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión.*
(...)"

[El subrayado es nuestro.]

(iii) Su prestación es obligatoria por parte del Concesionario, en virtud que son actividades necesarias para completar el proceso de embarque/descarga de contenedores y, por ende, el Concesionario es el único que puede prestar dichas actividades en concordancia con la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión referida a la exclusividad que tiene el Concesionario para la prestación de todos los servicios dentro del TNM.

38. Por todo lo expuesto, es posible afirmar que el servicio propuesto se enmarca dentro del Servicio Estándar previsto en el Contrato de Concesión y cumple además con los criterios que fueron establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN para calificar a determinado servicio como parte del Servicio Estándar.

C. ***Respecto a los Servicios Especiales relacionados a la carga en contenedores***

39. Sin perjuicio de que en la sección anterior ha quedado establecido que el servicio propuesto está contenido dentro de los alcances del Servicio Estándar, el cual comprende las actividades de pesaje y transmisión electrónica de la información, se procederá a analizar si el servicio propuesto se encuentra contenido en alguno de los servicios especiales que el Concesionario viene brindando, considerando lo establecido en los Anexos 5 y 22, o como consecuencia de los pronunciamientos del Regulador emitidos en el marco de la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión.

40. En el Anexo 5 del Contrato de Concesión, titulado Régimen Tarifario, se listan los Servicios Especiales con Tarifa que puede brindar APMT desde el inicio de la Concesión. Por otro lado, en el Anexo 22 se encuentran listados los Servicios Especiales con Precio que el Concesionario está facultado a prestar desde el inicio de la explotación del Terminal Norte Multipropósito. De la revisión de ambos anexos se aprecia que no se incluyó servicio alguno que considere dentro de su alcance las actividades del servicio propuesto.

41. Finalmente, a partir de la revisión de la documentación que obra en los expedientes del Regulador, se identifica que el Concesionario viene brindando el servicio Pesaje adicional de contenedores desde principios de 2012. De acuerdo con lo señalado en la respectiva propuesta de Servicio Especial[8], dicho servicio difiere del servicio propuesto en la presente oportunidad, en la medida que consiste en realizar un nuevo pesaje de los contenedores en las balanzas internas que se encuentran dentro del TNM. Esto es, para la prestación de este servicio, es necesario llevar a cabo nuevas actividades y se utilizan recursos adicionales, los cuales no se encuentran comprendidos en el Servicio Estándar. Adicionalmente, es importante notar el pesaje adicional de los contenedores no resulta necesario para completar el proceso de embarque o descarga de este tipo de carga.

42. En consecuencia, las actividades dentro del alcance del servicio propuesto, si bien forman parte del Servicio Estándar, tampoco se encuentran incluidas en los Servicios Especiales considerados en el Contrato de Concesión, ni en aquellos que se han creado bajo el procedimiento considerado en la Cláusula 8.23 del mismo.

[8] Propuesta de Servicio Especial "Pesaje adicional de contenedores". Presentado mediante Carta N° 0006-2011 APMTC/DO, recibida el 22 de noviembre de 2011.

IV. CONCLUSIÓN

43. De lo anteriormente expuesto y considerando la información presentada por el Concesionario, se concluye que el servicio denominado "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; sino que, por el contrario, se enmarca dentro del Servicio Estándar previsto en el Contrato de Concesión y cumple con los criterios que fueron establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN para calificar a un servicio determinado como parte del Servicio Estándar.

V. RECOMENDACIONES

44. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente informe, en el cual queda establecido que el servicio propuesto denominado "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo.

45. Asimismo, en caso el presente informe sea aprobado por el Consejo Directivo, se recomienda su remisión al INDECOPI y al Concesionario.

Atentamente,

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

Reg. Sal. 27870
Reg. Ref. 15291-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N°: 2209-2016-66

PARA :SCD

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

FECHA : 05/08/16

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de agosto de 2016 **Nº xx-2016-CD-OSITRAN**

VISTOS:

El Informe Nº 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 04 de agosto de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia de Supervisión y Fiscalización y, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

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 artículo 16° del Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establece que OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura, en virtud de un título legal o contractual;

Que, el artículo 17° del REGO establece que la Función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION Y ESTUDIOS ECONOMICOS

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 (MTC), en su calidad de Concedente; y, APM Terminals Callao S.A. (APMT) en calidad de Concesionario;

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA JURIDICA

Que, la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece el mecanismo que deberá ser atendido por la concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, el mismo que se inicia con la presentación de la propuesta del servicio especial ante el INDECOPI, con copia al Regulador, para que INDECOPI se pronuncie respecto la existencia de condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica;

Que, el análisis que efectúa el INDECOPI solo está referido a las condiciones de competencia del servicio especial que propone APMT, por lo que no existe una evaluación de fondo por parte de dicha entidad respecto a la naturaleza del servicio portuario, esto es, si el servicio propuesto por APMT es, en efecto, uno especial;

Que, con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre OSITRAN y el INDECOPI a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMT en el marco de lo establecido en la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, entre el 17 y el 21 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la sesión 94 del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (en adelante, OMI). En dicha sesión se aprobó la Resolución MSC.380(94), mediante la cual se enmendó la regla 2 del capítulo IV del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS, por sus siglas en inglés) para requerir la verificación obligatoria de la masa bruta de los contenedores a embarcar. Las enmiendas aprobadas mediante la resolución antes citada entraron en vigencia el 1 de julio de 2016;

Que, mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2016-APN/DIR, publicada el 29 de junio de 2016, la Autoridad Portuaria Nacional aprobó la "Noma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (VGM) para los contenedores llenos";

Que, mediante Carta N° 346-2016-APMTC/LEG, recibida el 1 de julio de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio "Emisión de certificado VGM";

Que, con fecha 15 de julio de 2016 se llevó a cabo una audiencia privada entre miembros de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica y representantes del Concesionario, con el objetivo de aclarar ciertos aspectos referentes a la prestación del servicio propuesto;

Que, el Informe de Vistos señala que el referido servicio no califica como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo por las siguientes razones:

i. El servicio propuesto tiene como alcance únicamente la emisión del certificado de la masa bruta verificada - VGM de los contenedores de embarque. Ello es posible en la medida que la información a utilizar para la preparación del referido certificado corresponde al peso del contenedor que se obtiene como parte del Servicio Estándar. En tal sentido, no se verifica la necesidad de asignar personal adicional, ni tampoco de adecuar los sistemas informáticos para la elaboración, emisión y entrega del certificado VGM. Por el contrario, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente incluida dentro de los alcances de los Servicios Estándar a la carga en contenedores y que se viene prestando desde el inicio de operaciones de APMT.

ii. El alcance y características del servicio propuesto no difieren de la actividad de transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores de embarque, por lo cual se enmarca dentro del servicio estándar, dado que: (a) El servicio propuesto por APMT resulta necesario o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga. El pesaje de los contenedores, el cual conlleva a la obtención de la masa bruta verificada, y la transmisión electrónica de la información de pesaje son actividades esenciales para completar el proceso de embarque de contenedores. En efecto, desde un punto de vista operativo, es necesario que la línea naviera cuente con la información antes señalada como insumo para la correcta estiba de la carga. Asimismo, desde un punto de vista legal, es necesario que las autoridades aduaneras cuenten con esta información en virtud de lo establecido en la Resolución N° 500-2010/SUNAT/A del 27/08/2010 Procedimiento INTA-PG-09; (b) Es una actividad que se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga y (c) Su prestación es obligatoria por parte del Concesionario, en virtud que son actividades necesarias para

completar el proceso de embarque/descarga de contenedores y, por ende, el Concesionario es el único que puede prestar dichas actividades.

iii. Las actividades dentro del alcance del servicio propuesto, si bien forman parte del Servicio Estándar, tampoco se encuentran incluidas en los Servicios Especiales considerados en el Contrato de Concesión, ni en aquellos que se han creado bajo el procedimiento considerado en la Cláusula 8.23 del mismo.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe de Vistos, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27838, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, y a lo dispuesto por el Acuerdo de Consejo Directivo N° xxx, adoptado en su sesión de fecha xxx de agosto de 2016;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que el servicio denominado "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; dado que se enmarca dentro del alcance del Servicio Estándar previsto en el referido Contrato.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

Artículo 2°.- Disponer la notificación de la presente Resolución, así como el Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a la empresa concesionaria APM Terminals Callao S.A., al INDECOPI, así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines pertinentes.

Artículo 3°.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Direcrtivo