



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 005-2017-CD-OSITRAN

Lima, 10 de febrero de 2017

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT) contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 048-2016-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio "rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga" califica parcialmente como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, y el Informe Nº 008-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 03 de febrero de 2017, 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, con fecha 11 de mayo de 2011, el Estado de la República del Perú (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Autoridad Portuaria Nacional) suscribió con el Concesionario, 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);

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

Que, mediante Carta Nº 502-2016-APMTC/LEG, recibida el 20 de septiembre de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 048-2016-CD-OSITRAN, de fecha 14 de noviembre de 2016, se determinó que el servicio denominado Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; salvo en el caso en el que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) solicita el servicio como parte de sus acciones de control, por cuanto este supuesto se encuentra dentro del alcance del Servicio Estándar a que se refiere la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio Circular Nº 052-16-SCD-OSITRAN, notificado el 16 de noviembre de 2016, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario y al INDECOPI la Resolución de Consejo Directivo Nº 048-2016-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 09 de diciembre de 2016, mediante Carta N° 672-2016-APMTC/LEG, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN y solicitó que se determine que el servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga también califica como un Servicio Especial en aquellos casos que sean demandados por la SUNAT;

Que, mediante Oficio N° 007-17-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó una reunión a la Gerencia de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT, con el objetivo de contar con mayores elementos de análisis que permitan determinar la veracidad de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su recurso de reconsideración;

Que, el 11 de enero de 2017 a las 15:00 horas se llevó a cabo una reunión entre miembros de la Gerencia de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT y representantes de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia de Supervisión y Fiscalización y Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN;

Que, mediante comunicación electrónica del 12 de enero de 2017, el Sr. Giovanni Guisado Zuloaga, Gerente de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT remitió al OSITRAN el Procedimiento General INPCFA-PG.12: Acciones en caso de tráfico ilícito de mercancías;

Que, el 18 de enero de 2017, mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2011-607-17-CD-OSITRAN, se aprobó una prórroga de quince (15) días hábiles adicionales para dar atención al recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN;

Que, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 008-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN del 03 de febrero de 2017, analizaron el Recurso de Reconsideración presentado, recomendando que éste sea declarado infundado por los siguientes argumentos:

- i. La calificación del servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga como parte del Servicio Estándar cuando es demandado por la SUNAT tomó en consideración que se trata de una actividad originada por una acción de control de la SUNAT (inspecciones BOE) que debe prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria, en tanto se busca detectar la posible contaminación de la carga dentro del terminal portuario.
- ii. Las inspecciones BOE son acciones de control extraordinario realizadas a un conjunto reducido de contenedores con el objetivo de determinar la presencia de contaminación mediante la modalidad *rip off*. El aforo, en cambio, es una acción de control ordinario a la cual está sujeta toda mercancía que es exportada, mediante la cual se verifica la naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, y clasificación arancelaria de las mercancías, para la correcta determinación de los derechos arancelarios y demás tributos aplicables así como los recargos de corresponder. En tal sentido, el servicio propuesto no se encuentra relacionado con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal.



- iii. Las inspecciones que la BOE realiza en el área de la Concesión buscan detectar la posible contaminación de la carga de manera posterior al ingreso del contenedor al terminal portuario, por lo que necesariamente deben llevarse a cabo al interior del TNM.
- iv. El régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios concesionados no es un elemento que influya en la decisión del Regulador respecto a la naturaleza de un servicio propuesto por el Concesionario, toda vez que la prestación de servicios en dichos terminales se rige por las reglas contractuales previstas en sus respectivos contratos de concesión.



Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo expresa su conformidad con el Informe de vistos y lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa, formando parte del sustento y motivación 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° 2015-609-17-CD-OSITRAN, adoptado en su sesión de fecha 10 de febrero de 2017.



SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN y, en consecuencia, confirmar la referida Resolución en todos sus extremos.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 008-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a APM Terminals Callao S.A., dándose por agotada la vía administrativa. Asimismo, notificar la presente Resolución y el referido Informe que la sustenta a la Autoridad Portuaria Nacional y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, así como del Informe N° 008-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese,


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 5864



INFORME N° 008-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

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: Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga califica parcialmente como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo

Fecha: 03 de febrero de 2017

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto de la Carta N° 672-2016-APMTC/LEG, mediante la cual APM Terminals Callao S.A. solicita que la Resolución del Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN sea dejada sin efecto en el extremo que declaró que el servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, cuando la SUNAT solicita el servicio como parte de sus acciones de control.

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 Estado de la República del Perú, en calidad de Concedente, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en calidad de Concesionario.
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.
4. Mediante Carta N° 502-2016-APMTC/LEG, recibida el 20 de septiembre de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga (en adelante, la Propuesta de Servicio Especial).

5. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN, de fecha 14 de noviembre de 2016, se determinó que el servicio denominado Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; salvo en el caso en el que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) solicita el servicio como parte de sus acciones de control, por cuanto este supuesto se encuentra dentro del alcance del Servicio Estándar a que se refiere la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.
6. Mediante Oficio Circular N° 052-16-SCD-OSITRAN, notificado el 16 de noviembre de 2016, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario y al INDECOPI la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN.
7. El 09 de diciembre de 2016, mediante Carta N° 672-2016-APMTC/LEG, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN y solicitó que se determine que el servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga también califica como un Servicio Especial en aquellos casos que sean demandados por la SUNAT.
8. Mediante Oficio N° 007-17-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó una reunión a la Gerencia de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT, con el objetivo de contar con mayores elementos de análisis que permitan determinar la veracidad de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su recurso de reconsideración.
9. El 11 de enero de 2017 a las 15:00 horas se llevó a cabo una reunión entre miembros de la Gerencia de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT y representantes de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia de Supervisión y Fiscalización y Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN.
10. Mediante comunicación electrónica del 12 de enero de 2017, el Sr. Giovanni Guisado Zuloaga, Gerente de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de la SUNAT remitió al OSITRAN el Procedimiento General INPCFA-PG.12: Acciones en caso de tráfico ilícito de mercancías.
11. El 18 de enero de 2017, mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2011-607-17-CD-OSITRAN, se aprobó una prórroga de quince (15) días hábiles adicionales para dar atención al recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

12. El presente informe abordará y evaluará, en primer lugar, el cumplimiento de la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por APMT. A continuación, se presentarán y analizarán los argumentos planteados por APMT en su recurso de reconsideración.

III.1. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

13. El artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del

recurso de reconsideración, el cual es presentado 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.

14. 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. El artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer tales recursos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto¹.
15. En esa línea, 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.
16. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el recurso de reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN:
- a. La Resolución N° 048-2016-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo. APMT interpuso ante el mismo órgano el recurso de reconsideración contra dicha resolución. Por tanto, 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, se entiende cumplido el primer requisito.
- b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de Tarifas aprobado por Decreto Supremo N° 043-2004-CD-OSITRAN (en adelante, RETA), el artículo 16° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6°, concordado con el artículo 1° 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, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el

¹ 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 (...)"

mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. 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 133° 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° 048-2016-CD-OSITRAN, el 16 de noviembre de 2016, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 12 de diciembre de 2016, verificándose que el recurso se presentó el 09 de diciembre de 2016; 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 207° de la LPAG.
- d. Mediante la Resolución N° 048-2016-CD-OSITRAN se incorporó íntegramente el Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de fecha 08 de noviembre de 2016 mediante el cual se concluyó que el servicio denominado "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; salvo en el caso en el que la SUNAT solicita el servicio como parte de sus acciones de control, por cuanto este supuesto se encuentra dentro del alcance del Servicio Estándar a que se refiere la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.
- e. El recurso de reconsideración interpuesto por APMT consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG.

17. Por las razones expuestas, debe considerarse que el recurso administrativo interpuesto por APMT ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la LPAG.

III.2 ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

18. El Concesionario solicita que se deje sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN en el extremo correspondiente a la declaración que el servicio "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" (en adelante, el servicio propuesto) no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo cuando la SUNAT solicita el servicio como parte de sus acciones de control, por cuanto este supuesto se encontraría dentro del alcance del Servicio Estándar a que se refiere la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

19. Los siguientes cuatro argumentos de APMT buscan contradecir la posición de OSITRAN:

- Diversas actividades que se originan por acciones de control de la SUNAT son actualmente previstas como Servicios Especiales o como recargos y por ellas se cobra un precio, a pesar de que dichas acciones se enmarcan dentro de los regímenes aduaneros previstos en las leyes y disposiciones aplicables.
- El servicio propuesto, sea que lo soliciten los usuarios o la SUNAT, está relacionado a movimiento de carga, que es una actividad similar al aforo, lo cual de acuerdo al Contrato de Concesión está claramente fuera del Servicio Estándar.
- Las acciones de control de la BOE no son realizadas únicamente en el Terminal Norte Multipropósito (en adelante, TNM). Incluso si solo se pudieran prestar en el TNM, el servicio no tiene que ser prestado por APMT, pues dicha entidad tiene el derecho, más no la obligación de prestar servicios dentro del TNM en exclusividad.

- Existen diversos terminales portuarios que no tienen limitación en el cobro de este servicio.

III.3 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

A. Respecto a las actividades originadas por acciones de control de la SUNAT y consideradas como Servicios Especiales

20. De acuerdo con lo argumentado por el Concesionario, en la actualidad este puede cobrar por la prestación de diversos Servicios Especiales originados por acciones de control de la SUNAT, sea porque ellos están establecidos en el Contrato de Concesión o porque cumplieron con el procedimiento establecido en la Cláusula 8.23 (ver Cuadro N° 1). Según manifiesta el Concesionario, a partir de lo anterior se puede inferir que el hecho que una actividad sea originada por una acción de control de la SUNAT no es condición suficiente para declarar que dicha actividad forma parte del Servicio Estándar.

Cuadro N° 1

Servicios Especiales relacionados con acciones de control de la SUNAT

Servicios Especiales establecidos en el Contrato de Concesión	Servicios Especiales no establecidos en el Contrato de Concesión
- Movimiento de contenedores en el terminal (movimiento extra) - Manipuleo por registro sin montacargas - Manipuleo por registro con montacargas - Colocación de precintos - Energía reefer	- Pesaje adicional de contenedores - Colocación/remoción de etiquetas en contenedores - Movimiento extra de carga fraccionada - Manipuleo con registro de carga fraccionada - Pesaje adicional de carga fraccionada - Movimiento extra de carga rodante - Manipuleo por registro de carga rodante

Fuente: Carta N° 672-2016-APMTC/LEG.

21. Sobre el particular es importante aclarar que el pronunciamiento contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN no se basó únicamente en el hecho que la actividad se origine en una acción de control de la SUNAT, sino que, de acuerdo con el análisis contenido en el Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el cual forma parte integrante de la referida Resolución, las actividades de rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga se enmarcan claramente dentro del numeral viii del literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión:

- "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
- viii) 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."

[El subrayado es nuestro.]

22. En otras palabras, no solamente se tomó en consideración que las actividades del servicio propuesto se originan en una acción de control de la SUNAT, sino también que estas deben prestarse únicamente en el TNM.
23. Al respecto, es importante mencionar que en su Propuesta de Servicio Especial, el Concesionario argumentó que la demanda del servicio propuesto por parte de la autoridad aduanera se originaría en las inspecciones que lleva a cabo la Brigada de Operaciones Especiales (BOE):

"Este servicio tiene el potencial de ser demandado en diversas circunstancias; no obstante, en la actualidad surge principalmente cuando la Brigada de Operaciones Especiales de la SUNAT (BOE) solicita que se rompa el precinto y se abra un considerable número de contenedores ya sea para un reconocimiento visual (en el que no hay manipuleo de mercancías), para una revisión a través de canes (sin manipuleo de la mercancías) o simplemente para no realizar ninguna actividad."

[El subrayado es nuestro.]

24. Sobre el particular, es pertinente indicar que, de conformidad con el Procedimiento General INPCFA-PG.12: Acciones en caso de tráfico ilícito de mercancías, la Brigada de Operaciones Especiales realiza las acciones de control para la prevención y represión del tráfico ilícito de mercancías en la jurisdicción de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao (BOE Marítima) y de la Intendencia de la Aduana Aérea del Callao (BOE Aérea).²
25. Al respecto, es pertinente indicar que de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas, se consideran acciones de control extraordinario a aquellas cuya realización es dispuesta por la autoridad aduanera de manera adicional a las ordinarias, para la verificación del cumplimiento de las obligaciones aduaneras y la prevención de los delitos aduaneros o infracciones administrativas. Dichas acciones de control extraordinario pueden ser los operativos especiales, las acciones de fiscalización, entre otros³.

² Excepcionalmente, la BOE puede intervenir en las jurisdicciones de las intendencias de aduanas de la República.

³ Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas

"Artículo 2.- Definiciones

Para los fines a que se contrae el presente Decreto Legislativo se define como:

Acciones de control extraordinario.- Aquellas que la autoridad aduanera puede disponer de manera adicional a las ordinarias, para la verificación del cumplimiento de las obligaciones y la prevención de los delitos aduaneros o infracciones administrativas, que pueden ser los operativos especiales, las acciones de fiscalización, entre otros. La realización de estas acciones no opera de manera formal ante un trámite aduanero regular, pudiendo disponerse antes, durante o después del trámite de despacho, por las aduanas operativas o las intendencias facultadas para dicho fin."

26. A lo anterior se debe agregar que, las inspecciones que lleva a cabo la BOE al interior del TNM son acciones de control extraordinario, cuyo objetivo es examinar los contenedores de manera previa a la salida de la carga del país, previo análisis de perfiles de riesgo y otras variables⁴. En efecto, lo que se busca con este tipo de inspecciones es mitigar el riesgo de contaminación al interior del terminal portuario mediante la modalidad *rip off*.
27. Al respecto, cabe precisar que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) define a la modalidad *rip off* o gancho ciego como una metodología de ocultamiento que utiliza contenedores para el tráfico ilegal de droga. Esta modalidad se lleva a cabo en el país de origen o en el puerto de transbordo antes de la llegada del contenedor al país de destino, sin que el remitente o el destinatario de la carga sean conscientes de que el envío se está utilizando para el tráfico de mercancías ilícitas.⁵
28. En atención a ello, y considerando que las inspecciones BOE buscan detectar la posible contaminación de la carga dentro del terminal portuario, las actividades de rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga necesariamente deben llevarse a cabo al interior del terminal portuario.



29. En consecuencia, en el caso del servicio propuesto, estamos ante un servicio vinculado con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, el cual debe prestarse únicamente en el TNM por el Concesionario. Por lo tanto, por lo cual corresponde desestimar el argumento de APMT, en tanto la calificación del servicio como parte de los Servicios Estándar no solo se basó en que se trata de una actividad originada por una acción de control de la SUNAT, sino que además se cumple la condición de que dicha actividad debe prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria.



B. Respecto a que el servicio está relacionado con el movimiento de carga para realización del aforo o similares

30. El segundo argumento del Concesionario es que el servicio propuesto está relacionado con un movimiento extra del contenedor, que es una actividad similar al aforo. En este sentido, señaló lo siguiente:

"23. Para demostrar si el servicio propuesto no forma parte del servicio estándar se deberían responder 2 preguntas: ¿El servicio propuesto es un servicio relacionado con el movimiento de la carga? Y ¿el servicio propuesto tiene como finalidad la realización de aforo o similares?

24. La respuesta a la primera pregunta es afirmativa ya que el servicio propuesto no tendría sentido o no se podría prestar si es que no existe un movimiento del contenedor (y su carga). En este sentido, se puede mencionar que existe una relación estrecha entre el servicio propuesto y el servicio de movimiento de carga.

(...)

26. La respuesta a la segunda pregunta también es afirmativa ya que personal de la BOE de la SUNAT demanda el servicio para acciones de inspección visual o canina que es una actividad

Es importante indicar que esto fue confirmado por el señor Giovanni Guisado, Gerente de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de SUNAT, en reunión sostenida con representantes de OSITRAN el día 11 de enero de 2017.

⁵ Fuente: <https://www.unodc.org/ropan/es/BorderControl/container-control/ccp-glossary-of-terms.html>

igual o muy similar al aforo. Tal como se mencionó en la Propuesta del servicio, el personal BOE de la SUNAT solicita el movimiento de diversos contenedores para su inspección o aforo; no obstante, sólo a algunos de ellos le realiza un manipuleo de carga mientras que a la mayoría de contenedores una inspección visual o con canes. En todo caso, sea que se realice un manipuleo de la carga o sólo una inspección visual o con canes, todas estas actividades pueden ser catalogadas como diferentes clases de inspecciones."

[El subrayado es nuestro.]

31. Al respecto, es importante considerar que la excepción prevista en el numeral viii del literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión está referida a servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. Dicho numeral señala lo siguiente:

"viii) 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."

[El subrayado es nuestro.]



32. Ciertamente para la realización de las actividades de aforo y de las inspecciones BOE es necesario que el Concesionario movilice los contenedores al interior del TNM.⁶ No obstante, las inspecciones BOE no cumplen con el requisito de ser similares a la realización del aforo.



33. En efecto, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas, el aforo está definido de la manera siguiente:

"Aforo.- Facultad de la autoridad aduanera de verificar la naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, y clasificación arancelaria de las mercancías, para la correcta determinación de los derechos arancelarios y demás tributos aplicables así como los recargos de corresponder, mediante el reconocimiento físico y/o la revisión documentaria"



34. En tal sentido, se trata de una acción de control ordinario que se ejecuta sobre cualquier mercancía que es exportada, mediante la cual se verifica y determina al examinar la declaración y/o la mercancía que su clasificación arancelaria, su valuación, la fijación de la cuota de los derechos arancelarios o impuestos y la aplicación de las leyes correspondientes hayan sido correctamente propuestas por el declarante.



35. En cambio, la inspección que lleva a cabo la BOE, es una acción de control extraordinario a la cual está sujeta un conjunto reducido de contenedores que es seleccionado

⁶ Cabe precisar que este tipo de movilizaciones se encuentran bajo el alcance del Servicio Especial Movimiento en el terminal, cuya tarifa es USD 0,00 según lo ofertado por el Concesionario durante el Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto "Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao". El mencionado servicio se encuentra definido en el Anexo 5 del Contrato de Concesión de la manera siguiente:

"Movimientos de los contenedores dentro de la terminal extras no contemplados en el servicio estándar, ya sea a solicitud del usuario o de las autoridades."



considerando los perfiles de riesgo y otras variables determinadas por la unidad de inteligencia. En efecto, durante el año 2016 se inspeccionaron alrededor de 2 000 contenedores en el TNM,⁷ lo cual representa el 0,35% del total de contenedores movilizados a través del referido terminal.⁸

36. Adicionalmente, es importante mencionar que las actividades de aforo implican una inspección a la mercancía para el reconocimiento de la carga declarada; mientras que las inspecciones BOE implican una inspección al contenedor para determinar si éste ha sido contaminado mediante la modalidad *rip off*.
37. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento del Concesionario dado que ha quedado demostrado que el servicio propuesto no se encuentra relacionado con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal.

C. Respecto a que las acciones de control BOE no son realizadas únicamente en el TNM

38. El Concesionario señala como tercer argumento que el servicio propuesto no necesariamente debe prestarse en el TNM, sino que también puede prestarse fuera del terminal, en los depósitos temporales extra portuarios. Asimismo, el Concesionario sostiene que aún si se determinara que el servicio debe prestarse en el TNM, él tiene el derecho, mas no la obligación de prestar el servicio en exclusividad:

"Las acciones de control, que en este caso específico se tratan de controles BOE, no son realizados únicamente en el Terminal Norte por APMTC; esta actividad es también realizada fuera del Terminal Norte. Incluso en el supuesto negado que sólo pudiera ser prestado dentro del Terminal Norte, este servicio no tiene que ser necesariamente prestada (sic) únicamente por APMTC quien tiene el derecho -mas no la obligación- de prestar los servicios dentro del terminal en exclusividad."

39. Respecto a que las inspecciones BOE no son realizadas únicamente en el TNM, cabe precisar que, tal como se mencionó anteriormente, las inspecciones que lleva a cabo la BOE al interior del terminal portuario tienen como objetivo examinar los contenedores de manera previa a la salida de la carga del país para mitigar el riesgo de contaminación al interior del terminal portuario mediante la modalidad *rip off*.

40. En tal sentido, si bien la BOE Marítima realiza acciones de control en la jurisdicción de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao, las inspecciones que se llevan a cabo en el área de la Concesión buscan detectar la posible contaminación de la carga de manera posterior al ingreso del contenedor al terminal portuario, por lo que necesariamente deben llevarse a cabo al interior del TNM. Por lo cual, debe desestimarse el argumento del Concesionario referido a que el servicio propuesto no necesariamente debe prestarse en el TNM, sino que también puede prestarse fuera del terminal.

41. Ahora bien, en relación con la afirmación de que el Concesionario tiene el derecho, mas no la obligación de prestar el servicio propuesto en exclusividad, se debe mencionar que,

Información proporcionada por el señor Giovanni Guisado, Gerente de Prevención del Contrabando y Operaciones Especiales de SUNAT, en reunión sostenida con representantes de OSITRAN el día 11 de enero de 2017.

⁸ Según información remitida por el propio Concesionario al Regulador, durante el año 2016 se movilizaron 575 838 contenedores a través del TNM.



en la medida que una actividad forme parte del alcance de los Servicios Estándar, APMT se encuentra en la obligación de proveerlo a todo usuario que lo solicite; y en tanto se ha determinado que el servicio propuesto forma parte de dicho servicio cuando sea solicitado por la SUNAT, APMT tiene la obligación de brindarlo. En efecto, las Cláusulas 1.23.99 y 8.19 del Contrato de Concesión señalan lo siguiente:

"1.23.99. *Servicio Estándar*

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

"8.19 **SERVICIOS ESTÁNDAR**

Son aquellos servicios que, durante el período de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuarios que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. (...)"

[El subrayado es nuestro.]

42. En consecuencia, durante la vigencia de la Concesión, el Concesionario tiene la obligación de prestar todos los servicios que se encuentren dentro del alcance de los Servicios Estándar, siendo uno de ellos el servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga, en el caso que este sea solicitado por la autoridad aduanera.

D. **Respecto a que en otros terminales portuarios se cobra un precio por un servicio de similar alcance**

43. Finalmente, el cuarto argumento del Concesionario está vinculado a que otros terminales portuarios peruanos vendrían cobrando por el servicio propuesto, independientemente de que la solicitud provenga de los usuarios o de la SUNAT. En particular, el Concesionario menciona los casos de las empresas DP World S.R.L. y Terminal Portuario Paracas S.A.

44. Sobre el particular, es importante tener presente que en el caso de autos lo que es materia de análisis es si el servicio propuesto por APMT califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; o si, por el contrario, se enmarca dentro del alcance del Servicio Estándar previsto en el referido contrato. Dicho análisis se lleva a cabo exclusivamente a la luz de lo establecido en el Contrato de Concesión, así como de la interpretación de la Cláusula 8.19 realizada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-12-GREGS-GAL-OSITRAN, que la sustenta.

45. En consecuencia, lo que se busca determinar es si el servicio propuesto por el Concesionario se encuentra incluido dentro del Servicio Estándar a la carga en contenedores por enmarcarse dentro del numeral viii del literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

46. Siendo así, el régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios no es un elemento que influya en la decisión del Regulador respecto a la naturaleza de un servicio propuesto por el Concesionario, toda vez que la prestación de servicios en otros terminales nacionales concesionados se rige por las reglas contractuales previstas en sus respectivos contratos de concesión. En ese sentido, dichos Contratos no pueden

condicionar el presente análisis, por cuanto éste se emite tomando en cuenta las reglas propias contenidas en el Contrato de Concesión, así como las Leyes y Disposiciones Aplicables, a las cuales hace referencia el mismo contrato⁹.

47. Dicho lo anterior, es importante aclarar que, para aquellos casos en los cuales se verifique que en algún terminal portuario concesionado se viene cobrando por un servicio equivalente al servicio propuesto, a pesar de que en el respectivo contrato de concesión se define al Servicio Estándar con un alcance similar al de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el Regulador, luego de la evaluación técnico legal respectiva, podrá indicar que dicho servicio debe ser retirado del tarifario.¹⁰

IV. CONCLUSIONES

48. De lo anteriormente expuesto, se concluye que los argumentos del Concesionario presentados en su recurso de reconsideración deben ser desestimados por lo siguiente

- La calificación del servicio Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga como parte del Servicio Estándar cuando es demandado por la SUNAT tomó en consideración que se trata de una actividad originada por una acción de control de la SUNAT (inspecciones BOE) que debe prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria, en tanto se busca detectar la posible contaminación de la carga dentro del terminal portuario.
- Las inspecciones BOE son acciones de control extraordinario realizadas a un conjunto reducido de contenedores con el objetivo de determinar la presencia de contaminación mediante la modalidad *rip off*. El aforo, en cambio, es una acción de control ordinario a la cual está sujeta toda mercancía que es exportada, mediante la cual se verifica la naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, y clasificación arancelaria de las mercancías, para la correcta determinación de los derechos arancelarios y demás tributos aplicables así como los recargos de corresponder. En tal sentido, el servicio propuesto no se encuentra relacionado con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal.
- Las inspecciones que la BOE realiza en el área de la Concesión buscan detectar la posible contaminación de la carga de manera posterior al ingreso del contenedor al terminal portuario, por lo que necesariamente deben llevarse a cabo al interior del TNM.

⁹ "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."

¹⁰ De acuerdo con lo señalado en el artículo 35 del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, el Regulador podrá efectuar observaciones a los Tarifarios de las Entidades Prestadoras en relación con las condiciones de aplicación de las Tarifas, ofertas, descuentos y promociones en general previstos en dichos tarifarios. Para tal efecto, en la notificación respectiva, OSITRAN establecerá el plazo en que la Entidad Prestadora deberá incorporar en el Tarifario las referidas observaciones.

- El régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios concesionados no es un elemento que influya en la decisión del Regulador respecto a la naturaleza de un servicio propuesto por el Concesionario, toda vez que la prestación de servicios en dichos terminales se rige por las reglas contractuales previstas en sus respectivos contratos de concesión.

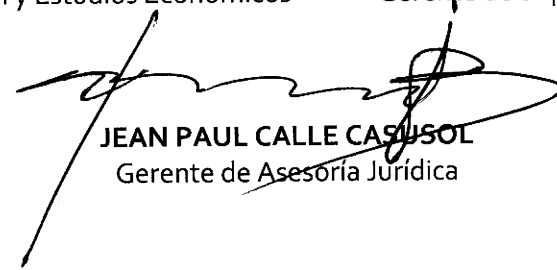
V. RECOMENDACIÓN

49. Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2016-CD-OSITRAN.

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. 4969-17



**OSITRAN
GERENCIA GENERAL**

PROVEIDO N°: 409-2017-66

PARA :SCD

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

FECHA : 07/02/17