

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 047-2016-CD-OSITRAN

Lima, 14 de noviembre de 2016

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, y el Informe N° 045-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 07 de noviembre 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, 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 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, 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, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN, de fecha 10 de agosto de 2016, se determinó que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, dado que se enmarca dentro del alcance del Servicio Estándar previsto en el referido Contrato;

Que, mediante Oficio Circular N° 043-16-SCD-OSITRAN, notificado el 16 de agosto de 2016, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario y al INDECOPI la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 07 de septiembre de 2016, mediante Carta N° 492-2016-APMTC/LEG, el Concesionario presentó un recurso de reconsideración contra la referida resolución, solicitando que la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN sea dejada sin efecto en el extremo correspondiente a la declaración que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo;

Que, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica de OSITRAN, en su Informe N° 045-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN del 07 de noviembre de



2016, analizaron el Recurso de Reconsideración presentado, recomendando que éste sea declarado infundado por los siguientes argumentos:

- i. La resolución recurrida fue emitida tomando en cuenta las disposiciones legales y contractuales que regulan tanto la facultad del Concesionario de gestionar el terminal, como las reglas contractuales referidas a la recuperación de las inversiones por el Concesionario mediante tarifas (Servicio Estándar y Servicios Especiales).
- ii. Admitir como válido el argumento del Concesionario referido a que en el momento de la firma del Contrato de Concesión no había manera alguna de que la certificación de la masa bruta verificada formara parte de las actividades que debía realizar un concesionario, implicaría desconocer que los Servicios Estándar han sido definidos siguiendo criterios operativo-portuarios que incluyen todas las actividades consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de cualquier tipo de carga.
- iii. En el presente caso no se ha creado una nueva obligación al Concesionario, toda vez que, como se indicó en la resolución impugnada, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente contenida en el alcance de los Servicios Estándar para carga en contenedores, situación que no ha variado por la emisión de la Norma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (vgm) para los contenedores llenos (en adelante, la Norma Técnica aprobada por la APN).
- iv. A partir de criterios operativos portuarios, queda evidenciado que para el embarque de contenedores llenos, el servicio de pesaje que se realiza como parte del Servicio Estándar es equivalente al procedimiento de pesaje indicado como método N° 1 en el artículo 2° de la Norma Técnica aprobada por la APN; y producto del referido servicio se emite el ticket de salida, el mismo que contiene la información necesaria para determinar la Masa Bruta Verificada. En ese sentido, debido a que los tickets de balanza emitidos como consecuencia del pesaje del Servicio Estándar contienen toda la información necesaria para obtener la Masa Bruta Verificada, no existe sustento para calificar la propuesta de Servicio "Emisión del certificado VGM" como Servicio Especial, por ello la mera adecuación de un formato no implica la necesidad de asignar personal ni equipos adicionales en cada oportunidad para obtener y remitir la Masa Bruta Verificada.
- v. Corresponde desestimar el argumento del Concesionario referido a la similitud entre el servicio propuesto y los cobros por "Emisión de certificado de peso" y "Copia de ticket de pesaje", puesto que dichos servicios no cumplen con las tres características que distinguen a los Servicios Estándar expresadas en el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN.
- vi. En el Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN no se ha indicado que con la Norma Técnica, APMT u otro agente se encuentren obligados a realizar el cálculo del VGM utilizando los datos de su ticket de pesaje. El objetivo del referido informe es determinar si el servicio propuesto por el Concesionario califica como un Servicio Estándar o Especial. En ese contexto, se llegó a la conclusión que el servicio propuesto cumple con los criterios que fueron establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN para calificar a un servicio determinado como parte del Servicio Estándar.



- vii. El hecho que una actividad pueda ser brindada por entidades distintas al Concesionario no es un elemento que defina si dicha actividad forma parte o no de los Servicios Estándar. Existen otras actividades que no se brindan exclusivamente en terminales portuarios y no por ello se ha cuestionado su naturaleza de Servicio Estándar, tal es el caso de la actividad de almacenamiento.
- viii. El régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios o los cargos que realicen líneas navieras no son elementos que influyan 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 se rigen, en el caso de terminales nacionales concesionados, por las reglas contractuales previstas en el respectivo contrato de concesión, y en el caso de terminales extranjeros, por la forma en que se encuentra estructurada la prestación de servicios según el marco normativo de cada país.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto al 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° 1987-600-16-CD-OSITRAN, adoptado en su sesión de fecha 14 de noviembre de 2016.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN y, en consecuencia, confirmar la referida Resolución en todos sus extremos.



Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 045-2016-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° 045-2016-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. 40999

INFORME N° 045-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para:

PATRICIA REYNAGA ALVARADO
Gerente General (e)

De:

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

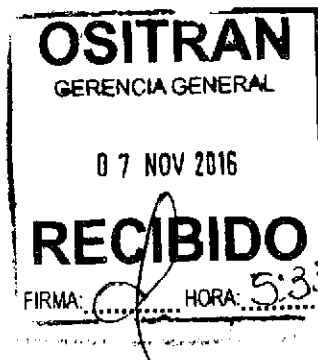
FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN, que declara que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo

Fecha:

07 de noviembre 2016



I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto de la Carta N° 492-2016-APMTC/LEG, mediante la cual APM Terminals Callao S.A. solicita que la Resolución del Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN sea dejada sin efecto en el extremo correspondiente a la declaración que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo.



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 adelante, Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el 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° 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".



5. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN, de fecha 10 de agosto de 2016, se determinó que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo.
6. Mediante Oficio Circular N° 043-16-SCD-OSITRAN, notificado el 16 de agosto de 2016, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario y al INDECOPI la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN.
7. Con fecha 07 de septiembre de 2016, mediante Carta N° 492-2016-APMTC/LEG, el Concesionario solicitó que la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN sea dejada sin efecto en el extremo correspondiente a la declaración que el servicio "Emisión de certificado VGM" no califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o servicio nuevo.
8. Con fecha 05 de octubre de 2016 se llevó a cabo la sesión 40 del Consejo de Usuarios de Puertos, en la cual se trató el tema de los servicios relacionados con la emisión de certificados VGM en los terminales portuarios concesionados en Perú.
9. Mediante Oficio Circular N° 044-16-SCD-OSITRAN dirigido a APMT y a INDECOPI, notificado el 30 de setiembre de 2016, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN manifestó que debido a un error de compaginación, se remitía nuevamente la Resolución N° 045-2016-CD-OSITRAN correctamente compaginada, manifestándose a su vez que este acto administrativo no había sufrido ningún tipo de alteración ni modificación desde su emisión.

III. ANÁLISIS

10. 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

11. 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.
12. 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.
13. En esa línea, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:

¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General



- 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 113º de la LPAG y sea autorizado por letrado.

14. 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° 045-2016-CD-OSITRAN:

- a. La Resolución N° 045-2016-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 5º y 6º del Reglamento General de Tarifas aprobado por Decreto Supremo N° 043-2004-CD-OSITRAN (en adelante, RETA), el artículo 16º 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 6º, concordado con el artículo 1º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el 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 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que APMT fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN, el 16 de agosto de 2016, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 07 de septiembre de 2016, verificándose que en efecto se presentó el recurso en la referida fecha; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207º de la LPAG.



"212.- Acto Firme

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

- d. Mediante la Resolución N° 045-2016-CD-OSITRAN se incorporó íntegramente el Informe N° 033-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de fecha 04 de agosto de 2016 mediante el cual se concluyó 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. 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.
15. 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 LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

16. El Concesionario solicita que se deje sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2016-CD-OSITRAN y se determine que el servicio "Emisión de certificado VGM" (en adelante, el servicio propuesto) califica como un Servicio Especial, portuario o no portuario.
17. De acuerdo a lo manifestado por APMT, el pronunciamiento del Consejo Directivo de OSITRAN y el informe que lo sustenta corresponden a un análisis erróneo de la naturaleza del Servicio Estándar y el servicio propuesto, confundiendo alcances y finalidades, desconociendo lo dispuesto en el Contrato de Concesión y vulnerando los derechos de APMT. Dicha conclusión se sustenta en los argumentos siguientes:

- i. La decisión de OSITRAN afectaría los derechos del Concesionario de explotar el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, TNM) conforme lo indica el Contrato de Concesión.
- ii. El servicio propuesto no se encuentra originalmente contemplado en los Servicios Estándar, sino que nace de la modificación del Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar (en adelante, Convenio SOLAS).
- iii. La transmisión electrónica de información de pesaje y el servicio propuesto tienen finalidades distintas.
- iv. El servicio propuesto es similar a otros servicios que se prestan en el TNM.
- v. La Norma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (vgm) para los contenedores llenos (en adelante, la Norma Técnica aprobada por la APN) no indica que APMT se encuentre obligado a realizar el cálculo del VGM.
- vi. El servicio propuesto no es una actividad que de manera obligatoria deba brindar exclusivamente APMT y no posee las mismas características básicas que poseen los servicios que forman parte de los Servicios Estándar.
- vii. A nivel nacional e internacional se viene cobrando un precio o tarifa adicional por la emisión del certificado VGM.



III.3 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

III.3.1. Sobre los derechos del Concesionario de explotar el TNM conforme lo indica el Contrato de Concesión

18. APMT sostiene que la decisión de OSITRAN afectaría los derechos del Concesionario de explotar el TNM conforme lo indica el Contrato de Concesión. En efecto, el Concesionario argumenta que el régimen legal vigente en Perú otorga a las empresas concesionarias el derecho al cobro de tarifas, precios, peajes o cualquier otro concepto similar como mecanismo para la recuperación de las inversiones que ellas realizan.
19. Para fundamentar dicho argumento, el Concesionario afirma que las tarifas, precios o similares son el principal mecanismo para compensar las obras o servicios, tal como se establecía en el artículo 35 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el cual se encontraba vigente al momento de suscribirse el Contrato de Concesión.²
20. En la misma línea, APMT sostiene también que la esencia del referido artículo se mantiene en el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos:

"Artículo 12.- Sobre los contratos

12.1 El contrato desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos.

(...)"

21. De lo anterior, el Concesionario concluye que cualquier acto que niegue su derecho a ser compensado por las obras o servicios que preste a los usuarios en la forma establecida en el Contrato de Concesión, pondrá en riesgo el cumplimiento de la finalidad de proveer obras y servicios a la comunidad a cambio de una adecuada compensación.

² "Artículo 35.- El concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá, en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno."

22. Sobre el particular, cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en el quinto párrafo de la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión³, el Concesionario tiene libertad en la dirección y gestión del negocio y, por ende, en la administración del terminal.
23. Relacionado con el derecho a gestionar el terminal se encuentra el derecho del Concesionario de efectuar el cobro de tarifas, precios, peajes o cualquier otro concepto similar como mecanismo para la recuperación de las inversiones, mecanismo que se debe enmarcar dentro de límites establecidos por el Contrato de Concesión. Esto resulta acorde con el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1224, en la parte que indica que el Contrato de Asociación Público Privada es el título que permite al inversionista hacer valer sus derechos de cobro de tarifas, precios u otros, en los términos previstos en el respectivo contrato.
24. En ese orden de ideas, es importante indicar que el informe que sustenta la Resolución N° 045-2016-CD-OSITRAN, fue emitido tomando en cuenta las disposiciones contractuales que regulan la prestación de Servicios Estándar y Servicios Especiales, a partir de lo cual se determinó que el servicio propuesto se enmarca dentro del Servicio Estándar previsto en el Contrato de Concesión y cumple con los criterios que fueron establecidos mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN para calificar a determinado servicio como parte del Servicio Estándar. Por esta razón, no se cumplen las condiciones para que el Concesionario efectúe un cobro distinto al que viene percibiendo por el Servicio Estándar, en la medida que, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la Tarifa por los Servicios Estándar es la única contraprestación que los usuarios deben pagar por ellos:

"8.19 SERVICIOS ESTÁNDAR

(...)

La Tarifa por estos servicios será la única contraprestación que los usuarios están obligados a pagar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por dicho concepto. La SOCIEDAD CONCESIONARIA no podrá condicionar la prestación del Servicio Estándar a la aceptación por el Usuario de ningún otro servicio o pago adicional.

(...)"

25. Considerando lo anterior, el argumento esgrimido por el Concesionario carece de asidero, por cuanto la resolución recurrida fue emitida tomando en cuenta las disposiciones legales y contractuales que regulan tanto la facultad del Concesionario de gestionar el terminal, así como las reglas contractuales referidas a la recuperación de las inversiones por el Concesionario mediante tarifas (Servicio Estándar y Servicios Especiales).

³ DERECHOS Y DEBERES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA
8.1 (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

III.3.2. Sobre el origen del servicio propuesto

26. El Concesionario alega que la necesidad del servicio propuesto surge a partir de la enmienda hecha por la Organización Marítima Internacional (OMI) al Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (SOLAS, por sus siglas en inglés), la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2016. A partir de lo anterior, el Concesionario deriva tres conclusiones:
- a) El servicio propuesto no es originario del Contrato de Concesión ni había manera alguna que dicha certificación formara parte de las actividades que debía realizar un concesionario portuario en el Perú. En opinión de APMT, sostener la posición desarrollada en el Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN es un imposible jurídico, toda vez que los cambios normativos efectuados por la OMI son posteriores a la firma del referido contrato.
 - b) La emisión del certificado VGM es un servicio necesario que solo se requiere para el embarque y transporte de un contenedor lleno y no respecto de todas las actividades de embarque o descarga de la carga, citando como ejemplo el hecho que este certificado no se requiere para la descarga de contenedores o para el embarque de contenedores vacíos.
 - c) Las normas aplicables para la certificación VGM no son una obligación del operador portuario, por lo que el Regulador no debería establecer una obligación que no es exigida por el Contrato de Concesión de manera expresa ni por la normativa.
27. Con relación al punto a), es importante precisar que los alcances de los Servicios Estándar se encuentran establecidos en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión:

"8.19 SERVICIOS ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo a lo establecido en el Literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

Los Servicios Estándar se dividen en:

- a) Servicios en función a la Nave*
- b) Servicios en función a la Carga*

(...)



a) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE:

Comprende la utilización de los Amarraderos del Terminal Norte Multipropósito. La Tarifa por este concepto se aplica por metro de Eslora de la Nave y por hora o fracción de hora, Se calcula por el tiempo total que la Nave permanezca amarrada a Muelle, computándose a partir de la hora en que pase la primera espía en la operación de Atraque hasta la hora que largue la última espía en la operación de Desatraque, La Tarifa incluye el servicio de Amarre y Desamarre de la Nave, La presente Tarifa será cobrada a la Nave.

b) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

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

La Tarifa por este concepto incluye, para carga contenedorizada:

- 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.]

28. Tal como se aprecia en la cita anterior y como ha sido expresado en el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN (informe que sustenta la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN, mediante la cual se interpretan los alcances de la cláusula antes citada), los Servicios Estándar incluyen todas las actividades portuarias consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de cada tipo de carga.
29. Asimismo, de la descripción general efectuada en el referido informe sobre la naturaleza de los Servicios Estándar, se determina que la lista de actividades mencionadas en la Cláusula 8.19 es meramente enunciativa y no taxativa. En efecto, la descripción del alcance de los Servicios Estándar en la referida cláusula es general, por ello antes del inicio de la prestación de un nuevo servicio en el TNM, el Regulador analiza si efectivamente se trata de un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o de un servicio nuevo.



30. En tal contexto, admitir como válido el argumento del Concesionario referido a que en el momento de la firma del Contrato de Concesión no había manera alguna que la certificación de la masa bruta verificada formara parte de las actividades que debía realizar un concesionario portuario en el Perú, implicaría desconocer que los Servicios Estándar han sido definidos siguiendo criterios operativo-portuarios e incluyen todas las actividades portuarias consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de cualquier tipo de carga (en el caso bajo análisis, el embarque de contenedores llenos).
31. Dicha línea de argumentación implicaría también negar cualquier posible desarrollo tecnológico en el sector portuario y limitaría el alcance de los Servicios Estándar al estado de los procesos que eran considerados necesarios o indispensables al momento de la firma del Contrato de Concesión. Lo anterior resulta particularmente contraproducente si se considera la amplia duración de este tipo de contratos (30 años, en el caso del TNM).
32. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que en el presente caso no se ha creado una nueva obligación al Concesionario, toda vez que como se indicó en la resolución impugnada, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente contenida en el alcance de los Servicios Estándar para carga contenedores y que el Concesionario se encuentra obligado a brindar a los usuarios del terminal, situación que no ha variado por la emisión de la Norma Técnica aprobada por la APN. En consecuencia, no corresponde atender el argumento del Concesionario referido a que el servicio propuesto no es originario del Contrato de Concesión.



33. Respecto del punto b), referido a que la emisión del certificado VGM es un servicio requerido solamente para el embarque y transporte de contenedores llenos, debe indicarse que de la lectura de la resolución recurrida se advierte que el Regulador manifestó que el alcance del servicio en cuestión es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividades que están explícitamente incluidas dentro de los alcances de los Servicios Estándar a la carga en contenedores. En ese orden de ideas, se señaló también que 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, indicándose además que independientemente de las particularidades de las mercancías transportadas, todo contenedor que es embarcado a través del terminal debe ser pesado.



34. En tal sentido, el argumento del Concesionario no guarda relación con el pronunciamiento emitido por el Regulador, toda vez que OSITRAN señaló que toda mercancía contenedorizada a exportar requiere ser pesada por el Concesionario, actividad que forma parte del Servicio Estándar, por lo que al ser similar al alcance del servicio propuesto no se justifica la creación de un Servicio Especial. Por tal razón, lo esgrimido por el Concesionario carece de fundamento
35. Finalmente, con relación al punto c), referente a que las normas aplicables para la certificación VGM no son una obligación del operador portuario, por lo que el Regulador no debería establecer una obligación que no es exigida por el Contrato de Concesión de manera expresa ni por la normativa, es preciso aclarar que el Regulador no ha creado nuevas obligaciones al operador portuario. Por el contrario, lo señalado en la Resolución



Nº 045-2016-CD-OSITRAN y el informe que la sustenta es que las actividades contenidas en el servicio propuesto no difieren de aquellas referidas a la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores llenos, las cuales se encuentran explícitamente contenidas dentro de los alcances de los Servicios Estándar, de conformidad con lo establecido en la cláusula 8.19 del contrato de concesión. En tal sentido, este argumento también debe desestimarse.

III.3.3. Sobre las finalidades de la transmisión electrónica de información de pesaje y del servicio propuesto

36. El Concesionario señala que en el Informe Nº 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN no se tomó en cuenta la finalidad que tiene la actividad de pesaje, en el siguiente sentido:

"(...) la finalidad del pesaje y de la transmisión misma del resultado que arroje la balanza es aduanera. De ahí que la actividad de pesaje que establece el Contrato de Concesión no sólo refiera al embarque de contenedores, sino también a la descarga del mismo tipo de carga. Justamente para responder a fines aduaneros es que la actividad de pesaje está considerada en todos los Servicios Estándar de carga."

37. Como evidencia de lo anterior, el Concesionario menciona que el ticket de pesaje se entrega al transportista (quien es el encargado de emitir esta información a la autoridad aduanera) y que la transmisión electrónica de la información a la línea naviera incluye una serie de datos, entre los que se encuentra el pesaje del contenedor manifestado por el depósito temporal (ya sea este último APMT o un depósito extra portuario). Asimismo, presenta imágenes de tickets de balanza y menciona que son diferentes a un certificado VGM.



38. Previo al análisis de lo argumentado por el Concesionario, es importante tener en cuenta, en función a criterios operativos portuarios, la equivalencia entre el procedimiento de pesaje según la Norma Técnica aprobada por la APN y el servicio de pesaje en el marco del Servicio Estándar en función a la carga contenedorizada, para el caso de contenedores llenos.

39. En ese sentido, de acuerdo con la información remitida por el Concesionario mediante Carta Nº 492-2016-APMTC/LEG, las actividades que actualmente incluye el servicio de pesaje y transmisión electrónica de la información, que forma parte del Servicio Estándar en el TNM, son las siguientes:

- Pesaje del vehículo (camión) con el contenedor lleno.
- Pesaje del camión sin contenedor, a su salida.
- Emisión del ticket de pesaje, el cual es entregado por APMT al transportista.
- Transmisión electrónica de la información (APMT precisa que la información del pesaje que se remite a las líneas navieras es el peso que los depósitos temporales manifiestan).

40. Adicionalmente, cabe señalar que en los tickets de salida remitidos por el Concesionario se muestra, entre otra, la siguiente información:



- Número del contenedor
- Primera pesada⁴ (indicando fecha y hora)
- Segunda pesada⁵ (indicando fecha y hora)
- Tara del camión
- Tara del contenedor
- Neto⁶

41. Por ejemplo, de la revisión del ticket de salida N° 1375215, se obtiene el siguiente detalle:

Ítem	Peso (Kg.)
N° de contenedor	HLXU3282569
Primera pesada	46 020
Segunda Pesada	15 890
Bruto	46 020
Tara de Camión	15 890
Tara de Contenedor	2 370
Neto	27 760

42. Al analizar los datos del referido ticket, se aprecia que:

- La variable denominada "Primera pesada" corresponde a la masa del camión más la masa del contenedor lleno, que en este caso resultó 46 020 Kg., la cual coincide con el valor de la variable denominada "Bruto".
- La variable denominada "Segunda pesada" corresponde a la masa del camión sin el contenedor, que en este caso resultó 15 890 Kg., la cual coincide con la variable denominada "Tara de camión".

43. En tal sentido, es pertinente señalar que la diferencia entre las variables "Primera pesada" y "Segunda pesada" (lo cual coincide con el valor de la diferencia entre las variables "Bruto" y "Tara de camión") es equivalente a la masa bruta verificada según lo estipulado en la Norma Técnica aprobada por la APN. En efecto, el cálculo de la masa bruta verificada como la diferencia de las variables indicadas corresponde al método 1⁷ según lo establecido en el artículo 2 de la referida Norma Técnica. Asimismo, cabe mencionar que, de acuerdo a las *Directrices Relativas a la Masa Bruta Verificada de los Contenedores con Carga*, aprobada por la Organización Marítima Internacional en su 93° periodo de

⁴ Peso del contenedor al ingreso del terminal.

⁵ Peso del contenedor a la salida del terminal.

⁶ Peso Neto.

⁷ "Artículo 2: Métodos para obtener la Masa Bruta Verificada – VGM de un contenedor lleno.

2.1 Método N° 1.- Concluida la arrumazón y el sellado (precintado) del contenedor, el Expedidor podrá pesar el contenedor lleno o disponer que na tercera parte lo pese, debiendo cumplir con lo siguiente:

- Usar un instrumento de pesaje debidamente calibrado, certificado y vigente, de acuerdo a lo reglamentado por el Instituto Nacional de Calidad (INACAL).
- El instrumento de pesaje debe tener capacidad para 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."

sesiones, por *masa bruta* se entiende la suma de la masa de la tara del contenedor y las masas de todos los bultos y elementos de la carga, añadiendo las paletas, la madera de estiba y demás material de embalaje/envasado y de sujeción que se carguen en el contenedor.

44. En este contexto, en el marco del servicio de pesaje que forma parte del Servicio Estándar, es pertinente señalar que:

- Para pesar la carga que ingresa al TNM, el Concesionario usa un instrumento de pesaje que debe estar debidamente calibrado, certificado y vigente, de acuerdo con lo reglamentado por el Instituto Nacional de Calidad. Por tanto, se tiene que este hecho implica el cumplimiento del literal a) del numeral 2.1 del artículo 2 de la citada Norma Técnica.
- Asimismo, de acuerdo con lo indicado y probado por el Concesionario, éste emite un ticket de salida con las variables anteriormente referidas, las cuales permiten el cálculo del VGM por el método 1.

45. Por lo expuesto, queda evidenciado que para el embarque de contenedores llenos, el servicio de pesaje que se realiza como parte del Servicio Estándar es equivalente al procedimiento de pesaje indicado como método N° 1 en el artículo 2° de la Norma Técnica aprobada por la APN; y producto del referido servicio se emite el ticket de salida, el mismo que contiene la información necesaria para determinar la Masa Bruta Verificada.

46. En ese sentido, debido a que los tickets de balanza emitidos como consecuencia del pesaje que brinda el terminal en el marco del Servicio Estándar, contienen toda la información necesaria para obtener la Masa Bruta Verificada, no existe sustento para calificar la propuesta de Servicio "Emisión del certificado VGM" como Servicio Especial.

47. En esa línea, debe recordarse, tal como se argumentó en el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que la naturaleza y alcance de los Servicios Estándar se determina por la presencia de determinadas características: (i) que su prestación sea necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga; (ii) que sean actividades que se efectúan de manera recurrente, de manera que son susceptibles de ser sistematizadas, y (iii) que su prestación sea obligatoria en virtud de que se cumple (i) y que el Concesionario posee exclusividad para la prestación de servicios en el TNM. Teniendo en cuenta ello, y estando a que los tickets de balanza emitidos como parte del Servicio Estándar contienen toda la información necesaria para obtener la Masa Bruta Verificada, la mera adecuación de un formato no implica la necesidad de asignar personal ni equipos adicionales en cada oportunidad para obtener y remitir la masa bruta verificada. En otras palabras, la referida adecuación no justifica la creación de un Servicio que el Concesionario ya brinda mediante la figura del Servicio Estándar.

48. Finalmente, es importante mencionar que no existe base legal para lo señalado por el Concesionario en el sentido que la actividad de pesaje sólo es con fines aduaneros. En efecto, el Contrato de Concesión no menciona en ninguna de las cláusulas del Servicio Estándar que las actividades de pesaje y transmisión electrónica de la información tengan únicamente una finalidad aduanera. Asimismo, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la interpretación de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión realizada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que la sustenta, 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. Es justamente a partir de la utilización de criterios operativos-portuarios que se ha llegado a la conclusión en el presente caso de que el Servicio propuesto no califica como un Servicio Especial.

49. Por consiguiente, no corresponde admitir como válidos los argumentos esgrimidos por el Concesionario en este extremo.

III.3.4. Sobre la similitud entre el servicio propuesto y otros servicios brindados en el TNM

50. APMT alega que en la actualidad viene cobrando un monto de USD 5,00 por los conceptos de "Emisión de certificado de peso" y "Copia de ticket de pesaje". En opinión del Concesionario, en ambos casos se trata de la emisión de un documento adicional y diferente al ticket de pesaje, pero para su preparación se utiliza información del pesaje realizado como parte del Servicio Estándar. La emisión del certificado VGM, añade el Concesionario, es similar a los dos servicios mencionados en lo que respecta a la generación de costos administrativos (más no costos operativos) adicionales. En opinión del Concesionario, la emisión de un documento adicional para cuya preparación se utiliza información del pesaje realizado como parte del Servicio Estándar no impide, en ningún sentido, que se cobre actualmente por la emisión del certificado de peso y, por extensión, no debería impedir que en el presente caso se cobre por la emisión del certificado VGM.

Sobre el particular, debe notarse que el Concesionario obvia mencionar que, a diferencia de lo que sucede con el servicio propuesto, ni la "Emisión de certificado de peso" ni la "Copia de ticket de pesaje" cumplen con las tres características que distinguen a los Servicios Estándar. En particular, se verifica que:

- (i) Ni la "Emisión de certificado de peso" ni la "Copia de ticket de pesaje" son actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, sino que se generan eventualmente en algún momento del flujo de embarque o descarga y por requerimiento expreso de algún usuario o autoridad. En el primer caso, se trata de un certificado demandado por el consignatario de carga, su representante o autoridades competentes para generar una certificación del peso manifestado y del peso controlado por las balanzas. En el segundo caso, se trata de la emisión y entrega de copias del ticket de pesaje (adicionales al ticket de pesaje entregado como parte del Servicio Estándar) a solicitud del consignatario de carga, su representante o autoridades competentes
- (ii) Ni la "Emisión de certificado de peso" ni la "Copia de ticket de pesaje" se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, sino que son solicitados explícitamente por el consignatario, su representante o alguna autoridad competente de forma esporádica.
- (iii) Ni la "Emisión de certificado de peso" ni la "Copia de ticket de pesaje" son de prestación obligatoria por parte del Concesionario, en la medida que no se cumple (i).

52. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento del Concesionario referido a la similitud entre el servicio propuesto y los cobros por "Emisión de certificado de peso" y "Copia de ticket de pesaje".



III.3.5. Sobre la Norma Técnica aprobada por la APN

53. El Concesionario manifiesta que no tiene claro a qué se hace referencia en el numeral 33 del Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN cuando se menciona que la actividad de pesaje del contenedor se encuentra inmersa dentro del concepto de masa bruta verificada. Asimismo, señala APMT que la Norma Técnica aprobada por la APN no indica en ningún sentido que APMT u otro agente (terminal portuario o depósito temporal extraportuario) se encuentre obligado a realizar el cálculo del VGM utilizando los datos de su ticket de pesaje.

54. Con relación a lo mencionado por el Concesionario, cabe recordar que en el numeral 33 del Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se argumentó lo siguiente:

"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"

55. El sentido de lo manifestado en la cita anterior es que a partir de la actividad de pesaje, que forma parte del Servicio Estándar, se obtiene un resultado, el mismo que resulta ser equivalente a la masa bruta verificada de un contenedor lleno. Esto último, analizado con mayor amplitud en la sección III.3.3 del presente informe, comprueba que las actividades desarrolladas durante la prestación del servicio de pesaje contenido en el Servicio Estándar son equivalentes al procedimiento de pesaje indicado como método N° 1 en el artículo 2° de la Norma Técnica aprobada por la APN.

56. Por otro lado, es importante aclarar que en el Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN no se ha indicado que con la Norma Técnica aprobada por la APN indique que APMT u otro agente (terminal portuario o depósito temporal extraportuario) se encuentre obligado a realizar el cálculo del VGM utilizando los datos de su ticket de pesaje. El objetivo del referido informe es determinar si el servicio propuesto por el Concesionario 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 OSITRAN⁸, o si, por el contrario, califica como parte del Servicio Estándar.

57. Es justamente partir del análisis de lo acordado entre las Partes en el referido contrato, así como de los criterios establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que la sustenta, que se llegó a la conclusión que el servicio propuesto cumple con los criterios que fueron establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN para calificar a un servicio determinado como parte del Servicio Estándar, y por ende éste se enmarca dentro del Servicio Estándar.

⁸ "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."

58. En razón de lo anteriormente expuesto, deben desestimarse los argumentos del Concesionario bajo análisis.

III.3.6. Sobre la obligatoriedad de la prestación del servicio propuesto y las características básicas de los Servicios Estándar

59. De acuerdo a lo manifestado por el Concesionario en su Recurso de reconsideración, el servicio propuesto puede ser brindado tanto dentro como fuera del TNM, mientras que los Servicios Estándar solo podrían ser brindados al interior del TNM. En efecto, en opinión de APMT, en el Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN no se ha valorado debidamente que el usuario puede elegir que el certificado VGM sea otorgado por un depósito temporal extra portuario, el depósito temporal de los terminales portuarios, o incluso en cualquier otro lugar, siempre y cuando dicho lugar posea un equipo calibrado y certificado por INACAL.
60. En esa línea, el Concesionario manifiesta que las actividades que forman parte del Servicio Estándar deben ser brindadas únicamente en el TNM y que la mayoría de los contenedores embarcados en el TNM no ha obtenido su certificado VGM de APMT:

"58. Al respecto, es importante mencionar que desde el 1 de julio de 2016 a la fecha, el certificado VGM ha sido otorgado por APMT Callao a una muy pequeña porción de los contenedores llenos embarcados. Este certificado VGM es adicional a lo que se ha otorgado como Servicio Estándar (que incluye el pesaje y la transmisión electrónica de la información).

59. En cambio la gran mayoría de contenedores embarcados han entrado al Terminal Norte con su VGM. A esta gran mayoría de contenedores embarcados por el Terminal Norte, que entraron con VGM otorgados por depósitos temporales extraportuarios u otro agente, APMT Callao le ha brindado el servicio de pesaje y emisión de tickets de pesaje pero esta información no ha sido tomado por las líneas navieras como certificado de la Masa Bruta Verificada. Lo anterior muestra claramente que el certificado VGM no es lo mismo que el servicio de pesaje y transmisión electrónica de la información del servicio estándar.

(...)

64. Por lo mencionado anteriormente, una actividad del Servicio Estándar debe cumplir cuando menos que sólo pueda ser brindado dentro del Terminal Norte. Como se ha mencionado anteriormente, el certificado VGM que los exportadores presentan ante las líneas navieras ha sido brindado principalmente fuera del Terminal Norte, sea por depósitos temporales extraportuarios u otras empresas. Se muestra entonces que el certificado VGM no posee una característica básica que identifica a un servicio que forma parte del servicio estándar."

[El subrayado es nuestro.]

61. Sobre el particular, debe mencionarse que el hecho que una actividad pueda ser brindada por entidades distintas al Concesionario no es un elemento que defina si dicha actividad forma parte o no de los Servicios Estándar. Tal como se ha mencionado anteriormente, dicho pronunciamiento se basa únicamente en el análisis de lo acordado entre el Estado Peruano y APMT en el Contrato de Concesión, así como en los criterios establecidos en la interpretación de la Cláusula 8.19 realizada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que la sustenta.
62. De acuerdo con lo señalado en la sección III.3.3 del presente informe, el alcance del servicio estándar a la carga incluye la actividad de pesaje de la carga y la transmisión electrónica de la información, el cual es equivalente a la información obtenida mediante



el procedimiento de pesaje indicado como método N° 1 en el artículo 2° de la Norma Técnica aprobada por la APN, no existiendo la necesidad de asignar personal adicional ni tampoco de adecuar los sistemas informáticos para la elaboración del certificado VGM.

63. Ahora bien, el hecho que el servicio propuesto por el Concesionario pueda ser brindado por otras entidades (depósitos temporales extra portuarios, locales del exportador, etc.) no contradice que este servicio se enmarque dentro del Servicio Estándar previsto en el Contrato de Concesión y cumpla con los criterios establecidos por el Consejo Directivo del OSITRAN para calificar a determinado servicio como parte del Servicio Estándar.
64. En efecto, existen otras actividades que no se brindan exclusivamente en terminales portuarios y no por ello se ha cuestionado su naturaleza de Servicio Estándar. Tal es el caso de la actividad de almacenamiento. Los Servicios Estándar incluyen, en el caso de los contenedores, hasta 48 horas de permanencia de la carga en el TNM y, si bien esta actividad puede realizarse en depósitos temporales extra portuarios, ello no implica de forma alguna que se cuestione el hecho de que el almacenamiento de contenedores por hasta 48 horas forma parte de los Servicios Estándar.
65. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento del Concesionario referido a que los Servicios Estándar solo podrían ser brindados al interior del TNM.

III.3.7. Sobre el cobro de un precio o tarifa adicional por la emisión del certificado VGM en otros terminales portuarios

66. Finalmente, el Concesionario manifiesta que en puertos nacionales e internacionales se viene cobrando un precio adicional al Servicio Estándar o servicios similares. Como evidencia de lo anterior, presenta las secciones correspondientes de los tarifarios DP World Callao S.R.L., Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., Contecon Guayaquil (Ecuador), Puerto de Buenos Aires (Argentina) y Puerto Lirquén (Chile). Asimismo, sostiene que algunas líneas navieras (como ZIM) cobra a los contenedores embarcados por los puertos de Hamburgo, Rotterdam y Amberes.
67. Al respecto, es importante tener en cuenta 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 VI 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.
68. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2016-APN/DIR, publicada el 29 de junio de 2016, la APN aprobó la "Norma Técnica que establece los lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada / *verified gross mass* (VGM) para los contenedores llenos".
69. Si bien la referida resolución, de acuerdo con su artículo II, aplica a los contenedores llenos que han de estibarse a bordo de un buque y que se embarcan en cualquier terminal portuario, no debe perderse de vista que en el presente caso 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.

70. 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-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que la sustenta.
71. 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 ser una actividad necesarias o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga, a la luz de lo establecido en los documentos antes mencionados.
72. El régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios o los cargos que realicen líneas navieras no son elementos que influyan 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 se rigen, en el caso de terminales nacionales concesionados, por las reglas contractuales previstas en el respectivo contrato de concesión, y en el caso de terminales extranjeros, por la forma en que se encuentra estructurada la prestación de servicios según el marco normativo de cada país. Estos aspectos que no deben condicionar el presente análisis, por cuanto el mismo se emite tomando en cuenta las reglas propias contenidas en el Contrato de Concesión, así como los Lineamientos para la certificación de la masa bruta verificada, norma que forma parte de las Leyes y Disposiciones Aplicables de acuerdo a la definición prevista en el Contrato de Concesión⁹.



IV. CONCLUSIONES

73. De lo anteriormente expuesto, los argumentos del Concesionario presentados en su recurso de reconsideración deben ser desestimados por lo siguiente:



- La resolución recurrida fue emitida tomando en cuenta las disposiciones legales y contractuales que regulan tanto la facultad del Concesionario de gestionar el terminal, así como las reglas contractuales referidas a la recuperación de las inversiones por el Concesionario mediante tarifas (Servicio Estándar y Servicios Especiales).



- Admitir como válido el argumento del Concesionario de que en el momento de la firma del Contrato de Concesión no había manera alguna de que la certificación de la masa bruta verificada formara parte de las actividades que debía realizar un concesionario, implicaría desconocer que los Servicios Estándar han sido definidos siguiendo criterios operativo-portuarios que incluyen todas las actividades consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de cualquier tipo de carga.

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."

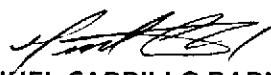
- En el presente caso no se ha creado una nueva obligación al Concesionario, toda vez que como se indicó en la resolución impugnada, el alcance del servicio propuesto es la transmisión electrónica de la información de pesaje de los contenedores, actividad que está explícitamente contenida en el alcance de los Servicios Estándar para carga contenedores, situación que no ha variado por la emisión de la Norma Técnica aprobada por la APN.
- A partir de criterios operativos portuarios, queda evidenciado que para el embarque de contenedores llenos, el servicio de pesaje que se realiza como parte del Servicio Estándar es equivalente al procedimiento de pesaje indicado como método N° 1 en el artículo 2° de la Norma Técnica aprobada por la APN; y producto del referido servicio se emite el ticket de salida, el mismo que contiene la información necesaria para determinar la Masa Bruta Verificada. En ese sentido, debido a que los tickets de balanza emitidos como consecuencia del pesaje del Servicio Estándar contienen toda la información necesaria para obtener la Masa Bruta Verificada, no existe sustento para calificar la propuesta de Servicio "Emisión del certificado VGM" como Servicio Especial, por ello la mera adecuación de un formato no implica la necesidad de asignar personal ni equipos adicionales en cada oportunidad para obtener y remitir la masa bruta verificada.
- Corresponde desestimar el argumento del Concesionario referido a la similitud entre el servicio propuesto y los cobros por "Emisión de certificado de peso" y "Copia de ticket de pesaje", puesto que dichos servicios no cumplen con las tres características que distinguen a los Servicios Estándar expresadas en el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN.
- En el Informe N° 033-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN no se ha indicado que con la Norma Técnica, APMT u otro agente se encuentren obligados a realizar el cálculo del VGM utilizando los datos de su ticket de pesaje. El objetivo del referido informe es determinar si el servicio propuesto por el Concesionario califica como un Servicio Estándar o Especial. En ese contexto, se llegó a la conclusión que el servicio propuesto cumple con los criterios que fueron establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN para calificar a un servicio determinado como parte del Servicio Estándar.
- El hecho que una actividad pueda ser brindada por entidades distintas al Concesionario no es un elemento que defina si dicha actividad forma parte o no de los Servicios Estándar. Existen otras actividades que no se brindan exclusivamente en terminales portuarios y no por ello se ha cuestionado su naturaleza de Servicio Estándar, tal es el caso de la actividad de almacenamiento.
- El régimen de prestación de servicios de otros terminales portuarios o los cargos que realicen líneas navieras no son elementos que influyan 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 se rigen, en el caso de terminales nacionales concesionados, por las reglas contractuales previstas en el respectivo contrato de concesión, y en el caso de terminales extranjeros, por la forma en que se encuentra estructurada la prestación de servicios según el marco normativo de cada país.

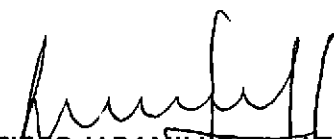


V. RECOMENDACIÓN

74. 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° 045-2016-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. 39968-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO N° : 3153-2016-GG
PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 07/11/16

