



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 041-2013-CD-OSITRAN

Lima, 01 de julio de 2013

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o la Sociedad Concesionaria), contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 012-2013-CD-OSITRAN, el Informe Nº 022-13-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2013, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, y el proyecto de Resolución de Consejo Directivo;

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 de la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, el artículo 27 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función reguladora permite al Regulador determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito de competencia, así como los principios y sistemas tarifarios que resulten aplicables;

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

Que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.23 de su Contrato de Concesión, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la Sociedad Concesionaria cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda; precisando que en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base del contenido en el Anexo 5;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, asimismo, la referida cláusula establece que la Sociedad Concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia; destacando que, en caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existan condiciones de competencia, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda;

Que, el 14 de septiembre de 2012, mediante Oficio N° 580-2012/PRE-INDECOPI, el Presidente del Consejo Directivo del INDECOPI remitió a APMT, entre otros, el Informe Técnico N°1030-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, respecto del Servicio Especial denominado "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada";

Que, mediante Carta N° 010-2013-APMT/GC, recibida el 08 de febrero de 2013, APMT solicitó a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada"

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, del 30 de abril de 2013, se declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitada por APMT respecto al servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada";



Que, con fecha 29 de mayo de 2013, APMT interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, solicitando que dicha Resolución sea dejada sin efecto y se disponga el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada".



Que, mediante escrito s/n de fecha 05 de junio de 2013, APMT solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSITRAN, lo cual se llevó a cabo en la sesión del Consejo Directivo de fecha 24 de junio de 2013.



Que, con fecha 26 de junio de 2013, mediante Informe N° 022-13-GRE-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN recomiendan a este Consejo Directivo, declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN;

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe 022-13-GRE-GAL-OSITRAN, el cual se adjunta y forma parte del sustento y motivación de la presente Resolución, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, por los fundamentos contenidos en el Informe N° 022-13-GRE-GAL-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 022-13-GRE-GAL-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria APM Terminals Callao S.A.; así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución, en el diario oficial El Peruano y, disponer la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 022-13-GRE-GAL-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



Reg.Sal.PD.Nº 18556 -13

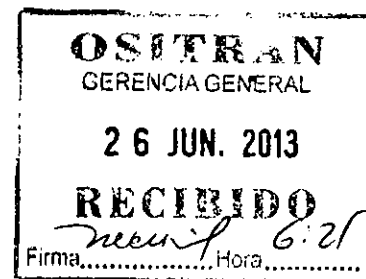
PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



INFORME N° 022-13-GRE-GAL-OSITRAN



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

De : **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Reconsideración contra la Resolución N° 012-2013-CD-OSITRAN

Fecha : 26 de junio de 2013

I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN que declaró improcedente la solicitud del procedimiento de fijación tarifaria a pedido del Concesionario, a fin de considerar el servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" como un Servicio Especial en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APMT.
3. El 19 de abril de 2012, el Concesionario, mediante Oficio N° 66-2012APMTC/GC remitió su propuesta del Servicio Especial denominado "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI.
4. Mediante Oficio N° 66-2012 APMT/GC, de fecha 19 de abril de 2012, APMT remitió a OSITRAN copia de la carta antes mencionada dirigida al INDECOPI.
5. El 14 de septiembre de 2012, mediante Oficio N° 580-2012/PRE-INDECOPI, el Presidente del Consejo Directivo de INDECOPI remitió a APMT, entre otros, el Informe Técnico N° 030-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre de Competencia.
6. Mediante Carta N° 010-2013-APMT/GC, recibida el 8 de febrero de 2013, APMT solicitó a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada".



7. Mediante Oficio N° 004-A-13-GRE-OSITRAN, notificado el 19 de febrero de 2013, la Gerencia de Regulación indicó a APMT que el servicio de trinca y/o destrinca aplicable a la carga fraccionada no puede ser catalogado un Servicio Especial. Por el contrario, dicho servicio formaría parte de los Servicios Estándar.
8. A través de la Carta N° 020-2013-APMTC/GC, recibida el 26 de febrero de 2013, APMT señaló que resulta erróneo lo indicado por la Gerencia de Regulación, requiriendo que se continúe con el procedimiento de fijación tarifaria solicitado.
9. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, del 30 de abril de 2013, se declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitada por APMT respecto al servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada". Cabe resaltar que dicha resolución dejó sin efecto el Oficio N° 004-A-13-GRE-OSITRAN.
10. Con fecha 29 de mayo de 2013, APMT interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, solicitando que dicha Resolución sea dejada sin efecto y se disponga el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada".
11. Mediante escrito s/n de fecha 5 de junio de 2013, APMT solicitó una audiencia para hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSITRAN.
12. Con fecha 24 de junio de 2013, se llevó a cabo la diligencia de Informe Oral ante el consejo Directivo, en la que el Concesionario hizo uso de la palabra.

III. CUESTIONES PREVIAS

13. Tal como se ha señalado, APMT mediante su Recurso de Reconsideración impugna la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN que declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitada por APMT respecto al servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada", por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar.
14. A fin de emitir un pronunciamiento, corresponde evaluar primero la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración.

III.1 SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

15. Los recursos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). En efecto, el numeral 1 del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece la facultad de contradicción frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, la misma que procede a través de los recursos administrativos de reconsideración, apelación y revisión señalados en el numeral 1 del artículo 207° del mismo cuerpo normativo.
16. El artículo 208° de la Ley de Procedimiento Administrativo General prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.



17. Con relación al recurso de reconsideración, según MORÓN URBINA *"El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, (...) Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido para evitar el control posterior del superior"*¹.
18. 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.
19. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer los recursos administrativos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto².
20. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
- ✓ Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - ✓ Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - ✓ Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - ✓ Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - ✓ Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG y sea autorizado por letrado.
21. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN.
- a. La Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, que declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitada por APMT respecto al servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada", por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar, fue emitida por el Consejo Directivo. APMT interpuso ante el mismo órgano el recurso de reconsideración. Dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor (el Consejo Directivo), se entiende cumplido el primer requisito.



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

² Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
"212.- Acto Firme
Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)".

- b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora del organismo, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), el artículo 28° 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 a que se alude en el artículo 208° de la LPAG, 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 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° 012-2013-CD-OSITRAN, el 08 de mayo de 2013, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 29 de mayo de 2013, día en que se presentó el recurso al OSITRAN; 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. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, se desestimó el pedido de APMT por fijar la tarifa del servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada", por considerar que dicho servicio se encontraba comprendido en el Servicio Estándar. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés por lo que tiene el derecho de interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.

22. El recurso de reconsideración interpuesto por APMT, presentado el 29 de mayo de 2013, consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, se debe considerar que el recurso de reconsideración interpuesto por APMT ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la LPAG.

III.2. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

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

El Contrato de Concesión

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

1.23.68. Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y



resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."

1.23.73 Normas Regulatorias

Son los reglamentos, directivas y resoluciones que puede dictar el REGULADOR y que resulten aplicables a las Partes, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio.

1.23.94. REGULADOR

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

LEY APLICABLE

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

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

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]



Marco Legal aplicable al Contrato de Concesión:

26. El literal b) del numeral 3.1) del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N° 27332; señala que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito.
27. En ese orden de ideas, el artículo 6 de la Ley de Creación de OSITRAN³, señala que OSITRAN ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias. Asimismo, el Literal b) del Numeral 7.1) del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
28. Adicionalmente, los artículos 27º al 29º del REGO, precisan que en ejercicio de su función reguladora, OSITRAN puede determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, estableciendo que el Consejo Directivo ejerce la función reguladora de manera exclusiva. Además, se establece que el ejercicio de dicha función incluye, entre otros, la revisión de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios por la utilización de la Infraestructura bajo su competencia.
29. En ese sentido, el artículo 5º del RETA⁴, establece que la regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN.
30. Asimismo, los artículos 10º y 11º del RETA disponen que el régimen tarifario regulado es aplicable en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado; sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.
31. Por otro lado, los artículos 9º y 24º del RETA establecen que dicho Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo contrato de concesión si este no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el contrato de concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos (artículos 9 y 24⁵).
32. Considerando lo antes expuesto, a continuación nos referiremos a los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración presentado por APMT.

³ Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

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

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

⁵ Ídem.



IV. ANÁLISIS

IV.1. MARCO GENERAL DE ACTUACIÓN DEL OSITRAN

33. Si bien constituye uno de los objetivos del OSITRAN contenidos en el artículo 5 de su Ley de creación, Ley N° 26917, el "*Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.*", no menos cierto es que, su misión, conforme lo establece el artículo 3 de la mencionada Ley, es "*...regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios...*" (El subrayado es nuestro).
34. En consecuencia, las funciones del OSITRAN se desarrollan en el marco de los límites de actuación contenidos en dicha Ley y en la observancia de los principios y normas orientadoras de su accionar contenidas en la normatividad del ámbito de su competencia, las cuales han sido plenamente respetadas y aplicadas por OSITRAN, tal como lo veremos en los acápites siguientes.

IV.2. MATERIA CONTROVERTIDA POR APMT

35. Al respecto, puede advertirse de lo señalado en el Recurso de Reconsideración que APMT hace una enumeración de principios contenidos tanto en el RETA como en el REGO de OSITRAN.
36. APMT cita los principios de transparencia, subsidiariedad y de análisis de decisiones del OSITRAN, contenidos en el REGO y el principio de predictibilidad contenido en el RETA, con el propósito de argumentar que la actuación del OSITRAN no se habría sujetado a las disposiciones legales y contractuales ni a los principios contenidos en las normas del ámbito de su competencia, evidenciando ello, además, una contradicción con un pronunciamiento anterior (Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, en el que, mediante un procedimiento de interpretación, se estableció el alcance de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión), dado que se habría recurrido a criterios de regulación económica no contemplados en dicho pronunciamiento.
37. A continuación se analizará este cuestionamiento contenido en el recurso de reconsideración de APMT, para posteriormente considerar los extremos de lo resuelto por el OSITRAN a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN.

IV.3. RESPECTO A LOS CRITERIOS DE REGULACIÓN ECONOMICA A LOS QUE SE REFIERE EL INFORME QUE SUSTENTA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2013-CD-OSITRAN.

38. Como puede advertirse, en el presente caso, APMT ha cuestionado que OSITRAN haya aplicado, en el marco de su competencia, otros criterios distintos a los operativos, a efectos de determinar si una determinada actividad propuesta por el Concesionario como Servicio Especial (Servicio de Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada), se encuentra comprendido o no en el alcance del Servicio Estándar.



39. Así, el Concesionario señala lo siguiente:

"Ahora bien, respecto a la necesidad de utilizar "criterios de regulación económica" en la determinación de los alcances de los servicios estándar que el OSITRAN señala en su informe; debe precisarse que dicha información y entendimiento resulta abiertamente contradictorio con el pronunciamiento en el que- bajo el procedimiento específico de interpretación contractual de la Cláusula 8.19- el propio regulador determinó los alcances de dichos servicios. Esto resulta ser una clara afectación al principio de transparencia que indica el REGO y el Principio de Predictibilidad señalado en el RETA".⁶ [El subrayado es nuestro]

40. Al respecto, es necesario indicar que la interpretación del Contrato de Concesión, específicamente de la Cláusula 8.19, hace referencia al esquema con el cual se estructuró el proyecto. Es decir que, al momento en el cual Proinversión definió los alcances de los Servicios Estándar y Servicios Especiales, este organismo utilizó criterios operativos portuarios. En ese sentido, el propósito de las interpretaciones del Contrato que realiza el OSITRAN es hacer prevalecer el espíritu con el cual el Contrato se redactó inicialmente.
41. No obstante, si bien en la fase de estructuración del Contrato de Concesión, los alcances de los Servicios Estándar y Especiales se encontraban agrupados bajo criterios operativos portuarios, ello no significa que el regulador, en la fase de gestión y explotación de la Concesión, no pueda ejercer sus atribuciones y competencias conforme al marco legal y normativo que rige su accionar.
42. Como puede apreciarse, la actuación del OSITRAN no contradice en modo alguno la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN en la que, mediante un procedimiento de interpretación, se estableció el alcance de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.
43. En el presente caso, OSITRAN evalúa si los alcances de los Servicios Estándar se condicen con la tarifa que está pactada en el Contrato de Concesión. El Regulador está obligado a verificar que el Usuario no está realizando más de un pago por el mismo servicio. O, en otras palabras, el Regulador debe verificar que los nuevos Servicios propuestos como Especiales no estén incluidos dentro de la tarifa regulada considerada en el Contrato de Concesión para los Servicios Estándar. Dicha obligación está contenida en el Artículo 24 del RETA cuando se establece la aplicación supletoria de dicho Reglamento a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión:

"Artículo 24.- Aplicación o revisión de las Tarifas establecidas contractualmente
(...)

En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos (...)"

44. Es en este sentido, el Regulador utiliza criterios de regulación económica cuando analiza y evalúa los Reglamentos de Tarifas y Tarifarios de APMT, con la finalidad de que los conceptos que cobre el Concesionario se adecúen a lo que establece el Contrato de



⁶ Numeral 35 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 012-2013-CD-OSITRAN.

Concesión. Dicha función del Regulador se enmarca en lo que establece el artículo 35° del RETA:

"Artículo 35.- Observaciones y medidas correctivas

OSITRAN podrá efectuar observaciones a los Tarifarios de las Entidades Prestadoras con relación a 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. En caso contrario se aplicara lo establecido en el Artículo 15."

45. De lo expuesto, se concluye que la argumentación de APMT contenida en su recurso de reconsideración es infundada y que la verificación que lleva a cabo el Regulador de que los nuevos Servicios propuestos como Especiales no estén incluidos en el Servicio Estándar no constituye una interpretación contractual. Todo lo contrario, la actuación del OSITRAN evidencia el cumplimiento de lo establecido en el RETA con relación a la aplicación y revisión de las Tarifas establecidas contractualmente.
46. A continuación nos referiremos a los alcances de lo resuelto por el OSITRAN a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN, a efectos de evidenciar su plena validez y eficacia.

IV.4. CON RESPECTO A LOS ALCANCES DEL SERVICIO DE TRINCA Y/O DESTRICCA DE CARGA FRACCIONADA

47. La Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN declaró improcedente el inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitado por APMT respecto al servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada", por considerar que dicho servicio forma parte del Servicio Estándar contemplado en el Contrato de Concesión.
48. En ese sentido, el Informe N° 006-2013-GRE-GAL-OSITRAN, que sirvió de sustento a la mencionada Resolución y que se fundamentó en el Contrato de Concesión y en la interpretación realizada a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, concluyendo que el servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" forma parte del servicio estándar debido a que cumple con los tres requisitos que caracterizan a los servicios contemplados en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, es decir, los siguientes:

- (i) Que sean necesarios,
- (ii) Que sean recurrentes y
- (iii) Que constituyan una prestación obligatoria.

a) Necesidad

49. Con relación al primer requisito, el Concesionario indica que, para evaluar si un servicio es necesario para completar el proceso de embarque o descarga, debe llevarse a cabo una evaluación que considera el tipo de carga al cual será prestado dicho servicio. Al respecto el Concesionario señaló lo siguiente:

"[...]"



*En primer lugar, se debe tener en cuenta que la **necesidad** del servicio debe ser medida en función al tipo de carga al cual será prestado. En el presente caso se debe precisar que el Servicio de Trinca y Destrinca no resulta ser **necesario** para todo tipo de mercancía de carga fraccionada, puesto que este tipo de carga es el que cuenta con más variedad y tipos de mercancías de carga fraccionada [...]*⁷

50. Sobre el particular, cabe señalar que el servicio de trinca y/o destrinca es una actividad necesaria para completar el proceso de embarque o descarga de carga fraccionada, en la medida que resulta indispensable para completar dicho proceso de embarque o descarga para diversos tipos de carga fraccionada. Tal es el caso de tuberías, pallets, productos de acero (rollos, alambres, fierros), entre otros.
51. Adicionalmente, es preciso mencionar que, si bien en la actualidad otras mercancías no usan el servicio de trinca y destrinca, en el futuro sí podrían demandarlo debido a que las líneas navieras pueden variar en el tiempo su forma de estibar.
52. En relación a este último punto, cabe resaltar que el SOLAS 74 (capítulos VI y VII) en su forma enmendada y el Código de prácticas de seguridad para el trincaje y estiba de la carga (*Code of Safe Practice for Cargo Stowage and Securing*), conocido como el Código CSS, establece que las unidades de carga, deberán estibarse y trincarse para la travesía de acuerdo con el Manual de trincaje de carga específico de cada buque.
53. En este contexto, los Manuales de Carga y Trincaje son creados por las propias navieras y establecen la forma en que se realizará la carga y trincaje, siendo estos documentos variables en buques de la misma compañía en función de la ruta. Por lo tanto, el proceso de embarque o descarga de las mercancías de carga fraccionada dependerá de cada línea naviera y de cada ruta que éstos utilicen.
54. Si bien es cierto que no toda la carga fraccionada necesita el servicio de trinca y/o destrinca, lo mismo puede afirmarse de la carga contenerizada⁸. Por ello, en concordancia con lo interpretado por el Consejo Directivo de OSITRAN, el hecho que no todos los tipos de carga fraccionada demanden este servicio no implica que se trate de un Servicio Especial.
55. En consecuencia, dado que el servicio de trinca y/o destrinca resulta necesario para completar el proceso de embarque y descarga de un porcentaje significativo de la carga fraccionada, este debe formar parte de los Servicios Estándar de Carga Fraccionada.

b) Recurrencia

56. Con relación al segundo requisito, la recurrencia del servicio bajo análisis, el Concesionario argumenta que:

"[...]

el Servicio de Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada, no es necesario e indispensable para COMPLETAR EL PROCESO DE EMBARQUE Y DESCARGA DE TODAS LAS MERCANCÍAS DE CARGA FRACCIONADA, puesto que no es indispensable para completar



⁷ Numeral 58 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 012-2013-CD-OSITRAN.

⁸ Ver informe N°006-13-GRE-GAL-OSITRAN.

el transporte multimodal de TODOS LOS TIPOS DE MERCANCÍAS DE CARGA FRACCIONADA, dada la variedad y las diferencias existentes entre ellas (sic)."⁹

57. Al respecto, es preciso reiterar que la recurrencia de un servicio no implica que la actividad se desarrolle en cada movilización de carga fraccionada que se lleve a cabo en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao. De acuerdo con la interpretación realizada por el Consejo Directivo de OSITRAN, la recurrencia de un servicio involucra su prestación frecuente, lo cual permite su sistematización o estandarización.
58. Tal es el caso de la carga fraccionada que requiere el servicio de trinca y/o destrinca. Así lo indicó el Concesionario en su propuesta tarifaria:

*"De acuerdo a los datos de los últimos 18 meses que posee APMT Callao, la participación de la carga fraccionada convencional relevante (carga fraccionada descontando la carga de proyecto y movimiento de re-estiba) que requiere trinca/destrinca ha ascendido entre 63% y 72%, que en promedio asciende a una tasa de 67.8%."*¹⁰

En otras palabras, puede afirmarse que el servicio de trinca y/o destrinca es una actividad frecuente.

59. Considerando lo anterior, se concluye que el servicio de trinca y/o destrinca se presta de manera recurrente, por lo que cumple con el segundo requisito que caracteriza a los servicios contemplados en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

c) Obligatoriedad

60. Con relación al tercer requisito, cabe indicar que el servicio de "Trinca y/o Destrinca de carga fraccionada" es de carácter obligatorio, ya que forma parte del conjunto de actividades operativas necesarias para llevar a cabo el embarque o desembarque de carga.
61. Ello se deduce de la literalidad de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la cual señala lo siguiente:

*"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.
(...)"*

62. Como puede advertirse de lo señalado, el servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" cumple con los tres requisitos que caracterizan a los servicios contemplados en la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. En otras palabras, el servicio de "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada" es un servicio necesario, recurrente y de prestación obligatoria y, por consiguiente, es parte del Servicio Estándar.



⁹ Numeral 74 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 012-2013-CD-OSITRAN.

¹⁰ Propuesta Tarifaria del Servicio Especial "Trinca y/o destrinca de carga fraccionada", página 5.

V. CONCLUSIONES

1. El Regulador deberá evaluar si los alcances de los Servicios Estándar se condicen con la tarifa que está pactada en el Contrato de Concesión. Es en este sentido, que el Regulador aplica "criterios de regulación económica", es decir, asociando los Servicios que presta el Terminal Portuario con la Tarifa que cobra a los Usuarios. Asimismo, el Regulador está obligado a verificar que el Usuario no está realizando más de un pago por el mismo servicio. En otras palabras, el Regulador debe verificar que los Servicios Especiales no estén incluidos en el Servicio Estándar.
2. El servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" es una actividad necesaria para completar el proceso de embarque o descarga de carga fraccionada en la medida que resulta indispensable para completar el procedimiento que abarca el Servicio Estándar.
3. El servicio de trinca y/o destrinca es una actividad que se efectúa de manera recurrente ya que, en promedio el 67,8% de la carga fraccionada que arriba al terminal portuario requiere del servicio. Es decir, puede afirmarse que se trata de una actividad frecuente.
4. El servicio de "Trinca y/o Destrinca de Carga Fraccionada" es de prestación obligatoria por parte del Concesionario ya que se encuentra dentro del conjunto de actividades que forman parte del servicio estándar.
5. Los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración no desvirtúan, en modo alguno, los fundamentos contenidos en el Informe N° 006-2013-GRE-GAL-OSITRAN que sustentan la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2013-CD-OSITRAN y, en consecuencia, dicho recurso debe declararse infundado en todos sus extremos.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal


BENJAMIN DE LA TORRE LASTARRIA
Jefe de Regulación

BDLT/MRDC/Jbch
REG.SAL. 17789-13