



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 074-2015-CD-OSITRAN

Lima, 15 de diciembre de 2015

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración presentado por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN y el Informe N° 056-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Economicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

Que, mediante Carta N° 343-2015-APMTC/LLR, recibida el 21 de julio de 2015, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de twistlocks con material defectuoso provisto por el armador", a fin de que analice las condiciones de competencia del servicio, de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 28 de agosto de 2015, mediante Resolución N° 054-2015-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró que el servicio denominado "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de twistlocks



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

con material defectuoso provisto por el armador” no califica como Servicio Especial o servicio nuevo en el marco del Reglamento General de Tarifas, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión;

Que, con fecha 03 de septiembre de 2015, mediante Oficio Circular N° 046-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 23 de septiembre de 2015, mediante Carta N° 475-2015-APTMC/LLR, el Concesionario manifestó su desacuerdo respecto de lo resuelto en la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN y puso a disposición del Regulador sostener una reunión a fin de explicar su posición;

Que, con fecha 06 de octubre de 2015, mediante Oficio N° 036-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN informó a APMT que se le concede el uso de la palabra a efectos que pueda exponer los argumentos que sustentan su desacuerdo respecto la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN. Siendo así, el 14 de octubre de 2015, APMT hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo;

Que, con fecha 19 de octubre de 2015, mediante Oficio N° 118-15-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó al Concesionario que en un plazo de diez (10) días hábiles, envíe información ampliatoria respecto de los argumentos planteados en el informe oral del 14 de octubre de 2015;



Que, con fecha 02 de noviembre de 2015, el Concesionario dio respuesta a lo solicitado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos mediante Oficio N° 571-2015-APMTC/LLR;

Que, se ha verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso impugnativo según las disposiciones previstas en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), habiéndose presentado el recurso de reconsideración dentro del plazo previsto por Ley;

Que, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica han presentado al Consejo Directivo el Informe N° 056-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, donde emiten opinión respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, recomendando declarar fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto sobre la base de los siguientes fundamentos:



- (i) Se reafirman en el hecho que el análisis del servicio propuesto por APMT cumplen con los criterios establecidos por el Consejo Directivo para determinar los alcances del Servicio Estándar, vale decir, son actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga y son de prestación obligatoria por parte del Concesionario.
- (ii) Desde el punto de vista operativo, la atención de contenedores con material defectuoso no implica riesgos adicionales para la integridad física de los



trabajadores portuarios, siempre que se cumpla con la normativa y los procedimientos de seguridad aplicables, lo cual es una obligación del Concesionario en virtud de lo establecido en la Cláusula 13.6 del Contrato de Concesión.

- (iii) El servicio propuesto no resulta comparable con los Servicios Especiales Tratamiento de contenedores con carga peligrosa y Suministro de equipos especiales para el manipuleo de contenedores con carga sobredimensionada en el patio de contenedores. Ello en la medida que no se ha evidenciado la necesidad de utilizar equipamiento y/o personal adicional para la prestación del servicio propuesto. Adicionalmente, APMT no ha especificado un criterio objetivo para determinar si los materiales de trincado (incluidos los twistlocks) califican como defectuosos, ni tampoco ha sustentado que su personal se encuentre calificado para realizar tal calificación.
- (iv) Respecto del argumento planteado referido a que no resultan aplicables las disposiciones del RETA a la figura del recargo, corresponde declarar fundado este argumento. Ello en tanto que el RETA establece el procedimiento de aplicación de precios y tarifas, así como la política tarifaria y comercial de los Servicios Estándar y Especiales prestados por las Entidades Prestadoras. En el caso del recargo, dado que el cobro de dicho concepto no se realiza como contraprestación de algún Servicio Estándar o Servicio Especial prestado por la Entidad Prestadora, ni califica como parte de la política comercial de la empresa en los términos del RETA, no corresponde la aplicación de las disposiciones contenidas en este reglamento, para efectos del pago de recargos
- (v) No obstante ello, APMT debe cumplir con su deber de informar así como con el Principio de Transparencia establecidos en el RUTAP, conforme lo establece el Contrato de Concesión cuando señala que el Concesionario debe cumplir las Normas Regulatorias.
- (vi) El argumento del impugnante de que el Regulador habría accedido a que DPW brinde los Servicios Especiales de Trinca/destrinca con material defectuoso y de Apertura/cierre de twistlock con material defectuoso, no es correcto, en la medida que de acuerdo con las reglas previstas en el Contrato de Concesión de DPW, el Regulador efectúa un control ex post de los Servicios Especiales que brinda el citado operador portuario, no requiriendo DPW autorización previa del OSITRAN que le permita brindarlos, a diferencia de lo que sucede en el caso de APMT. No obstante, ello no es impedimento para que el Regulador, en ejercicio de su potestad supervisora y reguladora contenida en la Ley N° 26917 y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, realice la supervisión de los servicios especiales que brinda cualquier concesionario, a fin de verificar que los mismos se vienen prestando respetando estrictamente las disposiciones contractuales del contrato de concesión respectivo, así como los criterios y normas regulatorias emitidas por el Regulador.

Que, respecto a lo señalado en el citado Informe, este Consejo Directivo manifiesta su conformidad y hace suyos los fundamentos del mismo, y acorde con el numeral 6.2 del artículo



6º de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, dicho Informe constituyen parte integrante de la presente Resolución y de su motivación;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 571-15-CD-OSITRAN y sobre la base del Informe N° 056-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Calificar el cuestionamiento presentado por APM Terminals Callao S.A. a través de la Carta N° 475-2015-APMTC/LLR, complementada con Carta N° 571-2015-APMTC/LLR, como un recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN.

Artículo 2º.- Declarar fundado en parte el Recurso de Reconsideración presentado por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, en la medida que a los recargos que podría aplicar el concesionario, no le son de aplicación las reglas de publicidad establecidas en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN; e infundado el recurso de reconsideración en los demás extremos.

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 056-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a APM Terminals Callao S.A., dándose por agotada la vía administrativa. Asimismo, notificar la presente Resolución y el Informe que la sustenta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

Artículo 4º.- Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe N° 056-2015-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese , comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



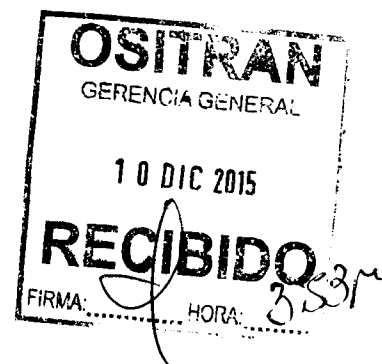
INFORME N° 056-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

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

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización



Asunto : Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de *twistlocks* con material defectuoso provisto por el armador" no califica como Servicio Especial o servicio nuevo en el marco del Reglamento General de Tarifas, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión

Fecha : 10 de diciembre de 2015

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto de las Cartas N° 475-2015-APMTC/LLR y 571-2015-APMTC/LLR, mediante las cuales APM Terminals Callao S.A. manifiesta su desacuerdo respecto a lo dispuesto en la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de *twistlocks* con material defectuoso provisto por el armador" no califica como Servicio Especial o servicio nuevo en el marco del Reglamento General de Tarifas, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión.



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 APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en calidad de Concesionario.
3. Con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre OSITRAN y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMT en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.



4. Mediante Carta N° 343-2015-APMTC/LLR, recibida el 21 de julio de 2015, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de *twistlocks* con material defectuoso provisto por el armador".
5. Mediante Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, de fecha 28 de agosto de 2015, se determinó que el servicio denominado "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de *twistlocks* con material defectuoso provisto por el armador" no califica como Servicio Especial o servicio nuevo en el marco del Reglamento General de Tarifas, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión.
6. Mediante Oficio Circular N° 046-15-SCD-OSITRAN, notificado el 03 de septiembre de 2015, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN remitió al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN.
7. Con fecha 23 de septiembre de 2015, mediante Carta N° 475-2015-APTMC/LLR, el Concesionario manifestó su desacuerdo respecto de lo resuelto en la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN y se puso a disposición del Regulador a efectos de sostener una reunión donde explicar su posición.
8. Con fecha 06 de octubre de 2015, mediante Oficio N° 036-15-SCD-OSITRAN, la Secretaría de Consejo Directivo de OSITRAN informó a APMT que la sesión del Consejo Directivo se realizará el 14 de octubre de 2015, con lo cual, de acuerdo a lo solicitado, se le concede el uso de la palabra a efectos que pueda exponer los argumentos que sustentan su desacuerdo respecto la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN.
9. Con fecha 14 de octubre de 2015, APMT hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo, manifestando su posición respecto a lo resuelto mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN.
10. Mediante Oficio N° 118-15-GRE-OSITRAN, recibido el 19 de octubre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó al Concesionario que, en un plazo de 10 días hábiles, envíe información ampliatoria de los argumentos planteados en el informe oral del 14 de octubre de 2015.
11. Con fecha 02 de noviembre de 2015, el Concesionario dio respuesta a lo solicitado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos mediante Oficio N° 571-2015-APMTC/LLR.

III. ANÁLISIS

12. El presente informe abordará y evaluará los siguientes puntos:
 - Análisis del cumplimiento de la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por APMT.
 - Análisis sobre los argumentos planteados por APMT en su Recurso de Reconsideración:

- a. Alcance de los Servicios Estándar
- b. Riesgos asociados a los servicios que brinda APMT
- c. Actividades asociadas al servicio propuesto
- d. Aplicación de las reglas del RETA a los recargos
- e. Sobre el servicio similar que brinda DPW

III.1. Sobre el cumplimiento de la admisibilidad y procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT

13. En primer término, es importante precisar que si bien APMT ha omitido calificar su Carta N° 475-2015-APMTC/LLR como un recurso de reconsideración, de la revisión de lo señalado en el referido documento, se advierte que APMT ha señalado expresamente su desacuerdo con lo resuelto mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, con lo cual, el referido documento será analizado y encausado como un Recurso de Reconsideración. En efecto, APMT señaló lo siguiente: *"En este sentido, nuestra representada remite sus comentarios con relación al asunto de la referencia y manifiesta respetuosamente su desacuerdo respecto a lo resuelto en el presente procedimiento de fijación tarifaria (...)".* Siendo ello así, y considerando el deber de la Administración de encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados¹, a continuación se analizará si el recurso de reconsideración interpuesto por APMT mediante su Carta N° 475-2015-APMTC/LLR cumple con los requisitos previstos en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento de Administrativo General (LPAG), para la interposición de recursos administrativos.
14. El artículo 208° de la LPAG, prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración, el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
15. 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 acto².
16. En esa línea, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
 - a. Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - b. 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.

¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

"Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos."

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 (...)".

- c. 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.
- d. Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
- e. Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113º de la LPAG y sea autorizado por letrado.

17. 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° 054-2015-CD-OSITRAN:

- a. La Resolución N° 054-2015-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 a que APMT fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN, el 03 de setiembre 2015, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración venció el 24 de setiembre de 2014, verificándose que en efecto se presentó el recurso antes de dicha fecha, el 23 de setiembre de 2015; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207º de la LPAG.
- d. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2015-CD-OSITRAN se declaró que el servicio "Trinca y destrinca de contenedores con material defectuoso provisto por el armador y apertura/cierre de twistlocks con material defectuoso provisto por el armador" no califica como Servicio Especial o servicio nuevo en el marco del RETA, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión suscrito entre APMT y el Estado Peruano. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.



18. El recurso de reconsideración interpuesto por APMT consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, debe considerarse que el recurso administrativo interpuesto por APMT ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la LPAG.

III.2. Sobre los argumentos planteados por APMT en su Recurso de Reconsideración

III.2.1. Alcance de los Servicios Estándar

19. El Concesionario sostiene que en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se hace referencia a carga estándar:

*"Asimismo, en la parte inicial de la referida Cláusula se indica que el Servicio Estándar comprende todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga (entiéndase de la carga considerada estándar)."*³

*"Ahora bien, se debe tener en cuenta que las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de dicho tipo de carga, efectivamente, comprenden la estiba y desestiba, así como la trunca y destrunca de los Contenedores. No obstante, el Contenedor deberá ser uno de características regulares, es decir, con una dimensión de 20 o 40 pies, y ser considerado dentro de los parámetros aplicables a la "carga estándar". Entendemos como carga estándar, aquella que presenta características comercialmente comunes en el mercado y que no cuenta con deficiencias y/o falencias para su tratamiento y/o manipuleo operativo."*⁴

20. Al respecto, cabe recordar que en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"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."

[El subrayado es nuestro.]

21. Se observa que los Servicios Estándar han sido definidos sobre la base de la obligatoriedad de su prestación y en función de un conjunto o canasta de servicios que son brindados entre el buque y patio en muelle, incluyendo un periodo de permanencia de la carga en el terminal portuario. En tal sentido, los Servicios Estándar comprenden todas aquellas actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o desembarque de cada tipo de carga. Resulta lógico, entonces, que no exista mención alguna a "carga considerada estándar" en la cláusula bajo referencia, como argumenta el Concesionario.

³ Carta N° 475-2015-APMTC/LLR, recibida el 23 de septiembre de 2015.

⁴ Carta N° 571-2015-APMTC/LLR, recibida el 02 de noviembre de 2015.



22. Es importante mencionar también que al referirse a las actividades comprendidas en los Servicios Estándar en función a la carga en contenedores, la Cláusula 8.19 tampoco hace referencia a "carga considerada estándar", sino que se habla de carga contenedorizada en general, tal como se aprecia a continuación:

"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 Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionad 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.]

23. Por otro lado, con relación a la interpretación de la cláusula antes citada realizada mediante Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN e Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que la sustenta, el Concesionario señala que el Regulador ha realizado una distinción entre los Servicios Estándar y Especiales en función a los criterios de necesidad, periodicidad y sistematización en la prestación de servicios. En su opinión, las actividades del servicio propuesto no son necesarias e indispensables para la atención de un mismo tipo de carga (carga contenedorizada estándar); sino que se prestan de manera esporádica a un tipo determinado de carga y que no podrían considerarse como parte de lo típicamente previsto por el administrador portuario.

24. Añade que, en el caso bajo análisis, los problemas evidenciados en el arribo de las naves al Terminal Norte Multipropósito (en adelante, TNM) con relación al material que le permita al operador realizar una estiba adecuada y segura de la carga, generan y demandan una atención diferenciada o especializada, cumpliéndose los supuestos para considerar al servicio propuesto como un Servicio Especial.

25. Sobre el particular, es preciso mencionar que en el Informe N° 046-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN analizó la interpretación contractual de la Cláusula 8.19 realizada por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN. En efecto, en el numeral 26 del citado informe se mencionó lo siguiente con relación a los criterios establecidos por el Regulador y su relación con el alcance del servicio propuesto por APMT:

- "(i) El servicio propuesto por APMT resulta necesario o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga. La trinca y destrinca de contenedores (actividades que incluyen la apertura/cierre de twistlocks) son actividades necesarias para inmovilizar a bordo de la nave los contenedores de manera adecuada, preservando su integridad a lo largo de la travesía.
- (ii) Es una actividad que se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga. La trinca (destrinca) de contenedores es una actividad que se realiza cada vez que se embarcan (descargan) contenedores, con el objetivo de llevar a cabo una estiba (desestiba) óptima.

Es importante precisar que el criterio adoptado por el Consejo Directivo se refiere a la realización de actividades de manera recurrente lo cual no involucra que se preste en todas las ocasiones, pero sí que se preste frecuentemente. En tal sentido, la recurrencia de las actividades de trinca/destrinca no necesariamente implica que todos los contenedores deban ser trincados/destrincados. En efecto, Marí et. al (2009) precisan que:

"En los buques full container la carga, es decir, los contenedores estibados en el interior de las bodegas, no necesitan sujeción, pues las células-guía ya están construidas con la finalidad de fijar los contenedores de la manera firme y segura que dispensa cualquier tipo de sujeción. Pero los buques full container también transportan gran parte de su carga en la cubierta, y una sujeción y fijación rigurosa y estricta debe efectuarla personal experimentado con la máxima atención, aplicando la mejor técnica, todo ello, a fin de evitar serios problemas durante el viaje."

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

26. En este sentido, el Regulador se reafirma en el hecho que el análisis que debe ser llevado a cabo con relación a las actividades de trinca y destrinca de contenedores, las cuales cumplen con los tres criterios de: (i) ser actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, (ii) se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga y (iii) son de prestación obligatoria por parte del Concesionario.
27. Asimismo, es importante incidir en el hecho que no todos los contenedores requieren ser trincados al llevar a cabo las actividades de embarque o destrincados cuando son desembarcados, lo cual no implica que la trinca o destrinca sean actividades que no se encuentren dentro de la organización sistemática del servicio prevista por el organizador portuario. En efecto, diversos autores han señalado lo siguiente:

"En los buques lo-lo, la carga, es decir, los contenedores estibados en el interior de las bodegas, no necesitan sujeción, pues las celdas-guía ya están construidas con la finalidad de fijar los contenedores de un modo firme y seguro que dispensa de cualquier otro tipo de sujeción.

Pero estos buques también transportan gran parte de su carga en la cubierta. Ahí sí que es imprescindible una sujeción y fijación rigurosas y estrictas, efectuadas por personal



experimentado y aplicando la mejor técnica, con el fin de evitar averías por deslizamiento o vuelco y otros serios problemas durante el viaje.”⁵

28. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento expuesto por APMT en este extremo.

III.2.2. Riesgos asociados a los servicios que brinda el Concesionario

29. APMT manifiesta que para la atención de contenedores con material defectuoso, se requerirá efectuar la operación tomando en cuenta riesgos adicionales, los cuales no forman parte de la organización sistemática del Servicio Estándar y no han sido previstos inicialmente o de manera ex ante al desarrollo de cada operación. Asimismo, afirma el Concesionario que el riesgo asumido por APMT para el desarrollo de operaciones portuarias debería encontrarse limitado a las actividades justas y necesarias para efectuar una descarga estándar:

“Por otro lado, con relación al riesgo asumido por APMT para el desarrollo de operaciones portuarias, se debe tener en cuenta que entendemos que éste debería encontrarse limitado, precisamente, a las actividades justas y necesarias para efectuar una descarga estándar. No obstante, si la operación portuaria escapa de ordinariamente previsto para el servicio de descarga, deberán reconocerse dichos gastos y costos adicionales a favor del Administrador Portuario.”⁶

30. Sobre el particular, debe indicarse que los argumentos señalados por el Concesionario no resultan ser atendibles desde el punto de vista operativo, toda vez que la presencia de material defectuoso no implica un incremento de riesgo de la integridad física de los trabajadores, siempre que se cumpla con la normativa y los procedimientos de seguridad aplicables, tales como:

- Procedimientos vinculados a Equipo de Protección Personal y Prevención de caídas, entre otros;
- El SOLAS 74 en su forma enmendada y el Código CSS (*Code for Safe Practice for Cargo Stowage and Securing*) que establecen que las unidades de carga, incluidos los contenedores, deberán estibarse y trincarse para la travesía de acuerdo con el Manual de trincaje de la carga específico de cada buque.⁷

31. Es importante indicar que la adopción de estas medidas y procedimientos de seguridad es una obligación propia del Concesionario, en virtud de lo señalado en la Cláusula 13.6 del Contrato de Concesión, según la cual:

“13.6 Los contratos de trabajo de personal nacional o personal extranjero de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, la ejecución de dichos contratos y la resolución de los mismos se sujetan a las normas que regulan las relaciones laborales de los trabajadores de la actividad privada. Asimismo, serán de aplicación los regímenes especiales de trabajo en

⁵ RODRIGO, J., MARÍ, R. y J. MARTÍN (2012). *Transporte en contenedor*. Marge Books, Segunda Edición. P. 169.

⁶ Carta N° 475-2015-APMTC/LLR, recibida el 23 de septiembre de 2015.

⁷ MARÍ, R.; DE SOUZA, A.; RODRIGO, J. y J. MARTÍN (2009). *El transporte de contenedores: terminales, operatividad y casuística*. Edicions UPC. P. 137.



los supuestos que se presenten, tales como: el Decreto Legislativo N° 728, la Ley N° 27866 - Ley del Trabajo Portuario, entre otros, debiendo darse cumplimiento a las disposiciones establecidas en dichas normas, en cuanto sean aplicables.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cumplir estrictamente con las Leyes y Disposiciones Aplicables en materia laboral referidas a las obligaciones formales del empleador (libros de planillas o planillas electrónicas, boletas de pago y otras), el pago y retención de las cotizaciones previsionales, así como las obligaciones contractuales y legales referidas a la seguridad e higiene ocupacional.

Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA, conforme a lo establecido en el artículo 12, literal h) de la LSPN, garantiza la capacitación constante y seguridad de todos los trabajadores contratados por él que desempeñen sus labores en el Terminal Norte Multipropósito."

32. Por otro lado, es importante reparar en el hecho que en la prestación de Servicios Estándar a la carga en contenedores es posible distinguir tres casos:

- Caso 1: Contenedores en bodega para cuyo embarque o descarga no se requiera trinca o destrinca;
- Caso 2: Contenedores en cubierta para cuyo embarque o descarga se requiera trinca o destrinca, y para los cuales el material provisto por el armador sea considerado por APMT como adecuado;
- Caso 3: Contenedores en cubierta para cuyo embarque o descarga se requiera trinca o destrinca y para los cuales el material provisto por el armador sea catalogado por APMT como defectuoso.

33. No es posible determinar, *a priori*, la distribución mensual, trimestral o anual de los contenedores según los casos antes señalados, de manera que no es una variable sobre la cual APMT tenga certidumbre. En tal sentido, el que se presenten contenedores del tercer tipo corresponde a un riesgo operativo que debe cubrir el Concesionario.



34. Independientemente de lo anterior, es importante precisar que, de acuerdo con el alcance del Servicio Estándar previsto en la Cláusula 8.19 y en línea con lo señalado en el Informe N° 046-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el cobro de la Tarifa por el concepto de Servicio Estándar en función a la nave para carga contenedorizada comprende el servicio de trinca o destrinca.



35. En consecuencia, en los tres casos antes mencionados, la Tarifa por Servicio Estándar que se cobre será la misma independientemente de que se requiera o no efectuar la trinca o la destrinca de contenedores y de las condiciones en las que se encuentra el material provisto para tales actividades. Aceptar la propuesta del Concesionario de exigir a los usuarios un pago adicional por la trinca o destrinca de contenedores para los cuales el material provisto por el armador sea defectuoso, implicaría considerar como válido el argumento de que la tarifa por los Servicios Estándar para aquellos contenedores que no necesitan ser trincados o destrincados debe ser menor a la de aquellos que sí lo requieren.



36. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento expuesto por APMT en este extremo.

III.2.3. Actividades asociadas al servicio propuesto

37. De acuerdo con lo señalado por el Concesionario, para la prestación del servicio propuesto debe realizar actividades adicionales o especializadas debido a las particularidades del material disponible para las actividades de trinca/destrinca de contenedores. Asimismo, debe disponer de equipamiento especializado para efectuar operaciones que escapen de lo ordinario, de lo sistematizado y/o regularmente previsto por el administrador portuario.
38. Asimismo, el Concesionario argumenta que el mayor uso o asignación de recursos por parte del administrador portuario justifica que una misma actividad en denominación pueda y sea tratada como dos servicios portuarios distintos. Al respecto, señala como ejemplos dos Servicios Especiales actualmente brindados en APMT, Tratamiento de contenedores con carga peligrosa y Suministro de equipos especiales para el manipuleo de contenedores con carga sobredimensionada en el patio de contenedores.
39. Respecto al primer ejemplo, es preciso señalar lo siguiente:
- El Contrato no prevé el Servicio Especial "Tratamiento de contenedores con carga peligrosa" sino el Servicio "Tratamiento de carga peligrosa", el cual es definido de la manera siguiente: *"Suministro de equipo y/o cuadrillas especiales, en aquellos casos que se requieran, para el embarque / desembarque de contenedores con carga peligrosa (IMO) cuando así se precise según el código o regulación de seguridad aplicable en el Terminal Portuario del Callao."*⁸
 - En este Servicio Especial es necesaria la provisión de equipamiento y/o personal adicional debido a que los procedimientos de manipulación de mercancías peligrosas⁹ efectuados por la tripulación requieren la observancia de normas y resoluciones para evitar que sus propiedades dañen a las personas, a otras cargas, al buque o al entorno. En consecuencia, tanto las normas internacionales para tratamiento de este tipo de mercancías,¹⁰ como la legislación nacional consideran el uso de mayores recursos en el caso de embarque y en el caso de descarga de carga peligrosa.
 - La carga peligrosa materia de tratamiento en el mencionado Servicio Especial está específicamente definida y estandarizada según la Organización Marítima Internacional que considera nueve clases de mercancías peligrosas (IMO 1 a IMO 9).
40. Respecto al segundo ejemplo, el Concesionario señala lo siguiente:

"Existen diferencias en el diseño, forma, tamaño o condición del contenedor. Un contenedor estándar o convencional se diferencia en forma y condición del contenedor no convencional."

⁸ Anexo 22 del Contrato de Concesión.

⁹ Las mercancías peligrosas son aquellas que pueden causar algún daño a otras que se encuentren próximas o a la tripulación, al buque o entorno, razón por la cual se rigen por normativas especiales, contenidas la mayoría de ellas en el código *International Maritime Dangerous Goods* (IMDG). Fuente: González, R. (2010). *Manual de estiba para mercancías sólidas*. UPC Edicions. Barcelona.

¹⁰ Como, por ejemplo, el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas, conocido también como Código IMDG, por sus siglas en inglés.



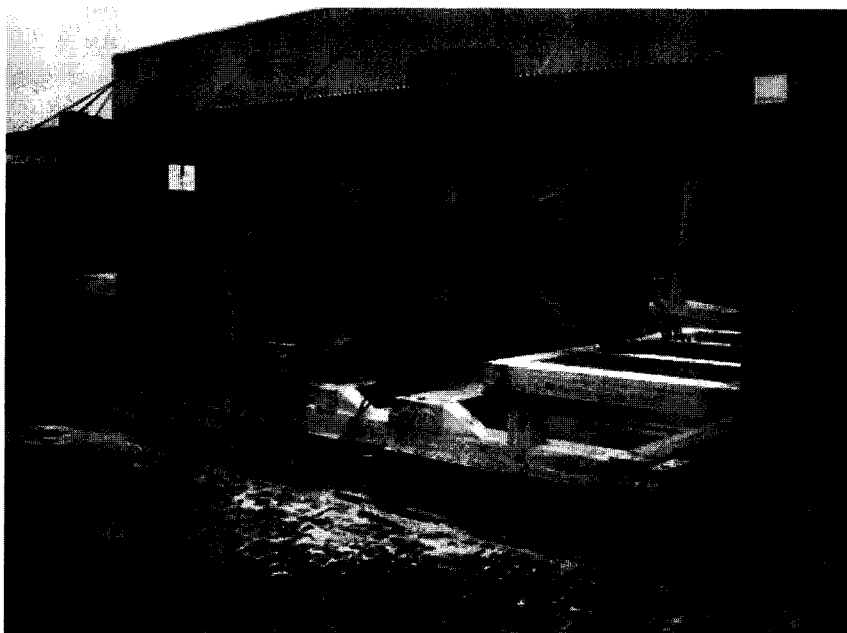
Justamente las diferencias en forma, tamaño y condición del contenedor no convencional demandan para su manipuleo un mayor uso de recursos o recursos adicionales.

41. No obstante lo señalado por el Concesionario, es preciso aclarar lo siguiente:

- El hecho de que la carga sea sobredimensionada no implica que los contenedores en los cuales dicha carga sea transportada no sean estándar. En efecto, la carga sobredimensionada puede ser transportada en contenedores ajustados a los estándares internacionales establecidos en el marco del sistema ISO (*International Organization for Standardization*) como se ilustra en la Figura N° 1.
- El que la carga sea sobredimensionada por exceder las medidas de los contenedores estándares ISO utilizados en el transporte marítimo es un criterio objetivo que puede determinarse independientemente del puerto en el cual se evalúe dicho sobredimensionamiento.

Figura N° 1

Contenedor tipo plataforma de 20 pies de largo y 8 pies de ancho con código de tamaño ISO 22P3 con carga sobredimensionada



Fuente: <https://www.delmas.com/local/spain/news/31/cma-cgm-your-shipping-expert-in-project-cargo>

42. Por otro lado, en relación con la propuesta del Servicio Especial materia del recurso de reconsideración, APMT señala lo siguiente:

"Los materiales defectuosos hacen referencia a aquellos materiales que vienen oxidados (sin engrasar), corroídos (propensos a rotura), con pernos rotos o con piezas incompletas que dificultan la operación normal o estándar de destrinca o apertura de twistlocks."

El estado defectuoso de los materiales, situación que de forma alguna es prevista por el administrador portuario - APMT, origina que se utilicen herramientas adicionales con la consecuente mayor asignación de tiempo y mayor uso de recursos (por ejemplo mano de obra) para realizar la trinca/destrinca o apertura/cierra de twistlock con material defectuoso."

En ese contexto, los materiales adecuados son aquellos que se encuentran engrasados, sin corrosión y con sus partes o piezas completas."

43. Con relación al concepto de material defectuoso utilizado por el Concesionario, es importante notar lo siguiente:
- Según la definición de APMT, el material defectuoso es un tipo de material que dificulta la realización de una operación estándar de destrinca o apertura de *twistlocks*. Sin embargo, el Concesionario no especifica un criterio objetivo con base al cual determinar en qué situaciones se considera que el material oxidado, corroído, con pernos rotos o con piezas incompletas origina (a) dificultad en la operación de trinca o destrinca y (b) el requerimiento de herramientas adicionales a las utilizadas en las operaciones normales de trinca o destrinca. APMT tampoco precisa cuáles son esas herramientas adicionales.
 - La definición de material defectuoso de APMT no ha sido fundamentada en alguna norma nacional o estándar internacional.
 - Cuando se realiza la trinca de contenedores, APMT podría solicitar a la nave el reemplazo de material defectuoso.
44. Según APMT, los materiales adecuados son aquellos que se encuentran (i) engrasados, (ii) sin corrosión y (iii) con partes o piezas completas. En ese sentido, según esta definición, basta que un material incumpla cualquiera de estas tres condiciones para que sea considerado como no adecuado.
45. A pesar de lo anterior, en la visita de supervisión realizada en el muelle 5A del TNM el día 8 de diciembre de 2015, se identificaron materiales de trincado oxidados y sin engrasar (tales como los que se ilustran en la Figura N° 2) y se verificó que tales materiales se encontraron operativos y no originaron dificultades en la operación de destrinca y tampoco se requirió la asignación de personal o herramientas adicionales.

Figura N° 2
Twistlocks del buque Hyundai Privilege

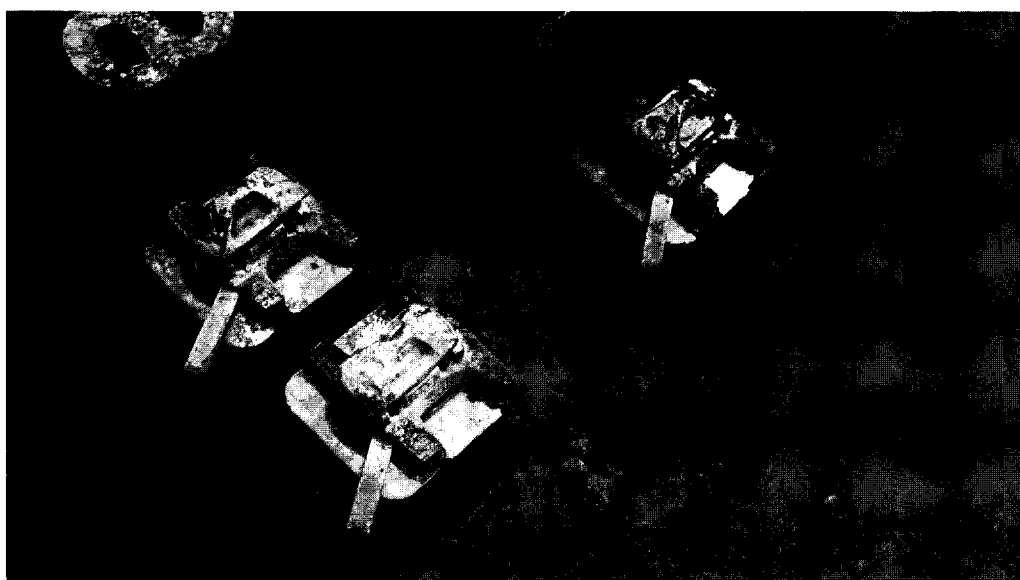


Foto tomada en la visita de supervisión realizada el 8 de diciembre de 2015.



46. Por último, es importante precisar que APMT no ha sustentado que su personal se encuentre certificado para calificar un material como defectuoso o calificarlo como uno que no garantice el cumplimiento de los estándares dispuestos por las Sociedades de Clasificación¹¹, dado que para ello se requiere que una organización especializada realice las pruebas necesarias de inspección y ensayo periódico durante la vida útil de los sistemas de trincado. En efecto, el Programa de Desarrollo para Trabajadores Portuarios de la Organización Internacional del Trabajo, en su Módulo C.2.3 referido al sistema de trincado de contenedores, señala que distintas Sociedades de Clasificación han publicado diferentes especificaciones recomendadas para sistemas y dispositivos de trincado, y dan servicios de ensayos e inspecciones a fabricantes y operadores:

"(...) toda la utilería del buque tiene que ser inspeccionada y revisada regularmente en forma independiente y los armadores, cuando compran sistemas de trincado, solicitan certificados como garantía de la calidad de fabricación. Los proveedores de sistemas de trincado garantizan que sus productos cumplen con los estándares dispuestos por las Sociedades y usualmente nombran a la Sociedad que inspeccionó, ensayó y aprobó los dispositivos. La Sociedad los inspecciona y ensaya periódicamente durante su vida útil."

47. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos expuestos por APMT en este extremo.

III.2.4. Aplicación de las reglas del RETA a los recargos

48. APMT argumenta también que los recargos no forman parte del régimen tarifario, lo cual habría sido reconocido por OSITRAN en el Oficio N° 268-13-GG-OSITRAN. El Concesionario sostiene que la publicación del monto de los mismos es una de sus potestades, mas no se encuentra obligado a seguir las formalidades dispuestas en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA) respecto a la publicación de información referida a los servicios portuarios, precios o tarifas; así como respecto a descuentos, promociones, bonificaciones u otras prácticas comerciales.

49. Al respecto, cabe precisar que mediante Oficio N° 268-13-GG-OSITRAN se remitió al Concesionario el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, en el cual se analiza aspectos diversos de las modificaciones al Tarifario y Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APMT (versión 18.8). Con relación a la facultad del Concesionario para establecer recargos y publicarlos en su Tarifario, el citado informe concluye lo siguiente:

"28. En conclusión, el Concesionario está facultado a cobrar recargos; no obstante, dichos recargos deberán ser fijados de manera particular entre el Usuario y el Concesionario. Sin perjuicio de ello, el Concesionario podrá publicar el monto de los mismos, siempre y cuando no se incluyan en el tarifario y en el Reglamento de Tarifas, tal como lo dispone el Contrato de Concesión."

50. Asimismo, es importante mencionar que, de acuerdo a lo establecido en su artículo 4, el ámbito de aplicación del RETA se limita a las tarifas por la prestación de servicios

¹¹ Las Sociedades de Clasificación son organizaciones no gubernamentales o grupos de profesionales sin ánimo de lucro cuyo objetivo es proporcionar servicios de clasificación y asistencia a la industria marítima y los organismos reguladores en materia de seguridad marítima y prevención de la contaminación, sobre la base de la acumulación de conocimientos marítimos y tecnología. Entre las principales sociedades de clasificación se encuentran Lloyd's Register, Det Nerske Veritas y American Bureau of Shipping.

derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público¹², lo cual, en el caso de APMT, significa que el RETA es de aplicación a los Servicios Estándar y Servicios Especiales que presta el Concesionario en el Terminal Norte Multipropósito¹³.

51. Los recargos, por su naturaleza, no son tarifas ni precios, en tanto no constituyen contraprestaciones económicas por la prestación de algún servicio que preste el Concesionario. En efecto, de acuerdo con lo señalado en anteriores pronunciamientos del Regulador¹⁴, los recargos son un mecanismo mediante el cual se busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último. En virtud de ello, puede concluirse que las disposiciones contenidas en el RETA respecto a la publicación de las modificaciones del tarifario en la página web de la Entidad Prestadora y en un diario de amplia circulación, no son de aplicación a los recargos.
52. De otro lado, el Capítulo 3 del Título III del RETA regula la Política Comercial de las Entidades Prestadoras, señalando que ésta se encuentra comprendida por ofertas, descuentos y promociones (bonificaciones):

"Artículo 37. Aplicación de ofertas, descuentos y promociones en general

En los casos en que existan condiciones equivalentes, las Entidades Prestadoras podrán ofrecer como parte de su política comercial, con carácter general y de manera temporal o permanente, ofertas, descuentos y promociones en condiciones económicas más ventajosas a las normalmente aplicadas. Para tal efecto las ofertas, los descuentos y bonificaciones deberán responder a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que respondan a circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras.

Las políticas comerciales de las Entidades Prestadoras que incluyan las ofertas, descuentos y promociones deberán indicar el plazo de vigencia previsto para su aplicación, así como las prácticas generalmente aceptadas o las circunstancias compensatorias que sustentan su aplicación, con la suficiente descripción que permita a los Usuarios y al OSITRAN conocer sus características y condiciones. (...)

53. Como parte de su Política Comercial, el Concesionario podrá establecer descuentos, promociones, bonificaciones o cualquier otra práctica comercial, sobre las tarifas y precios que se cobren por los servicios portuarios que ofrece, los mismos que deberán ser divulgados a los usuarios conforme a las Reglas del RETA. Como se puede advertir, esta norma no contempla a los recargos como un integrante o componente de la Política Comercial del Concesionario, y por esa razón tampoco requieren estar en el Tarifario, no siéndoles de aplicación las reglas de publicidad establecidas en el RETA. En

¹² "Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El presente Reglamento es de aplicación al procedimiento de fijación, revisión y desregulación de las tarifas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual."

¹³ "1.23.97. Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales."

Ver, por ejemplo, el Informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.



esa medida, corresponde declarar fundado este extremo del recurso de reconsideración planteado por APMT.

54. No obstante ello, es importante indicar que si bien el RETA no resulta aplicable respecto al procedimiento de aplicación de recargos, ello no implica que el Concesionario deje de observar las disposiciones contenidas en otras Normas Regulatorias, que son de obligatorio cumplimiento, conforme lo establece el Contrato de Concesión. En efecto, la Cláusula 8.6 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"DERECHOS Y RECLAMOS DE LOS USUARIOS

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

(...)

(iv) Los demás derechos que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el Contrato de Concesión".

[El subrayado es nuestro.]

55. Respecto al concepto de Leyes y Disposiciones Aplicables, el Contrato de Concesión lo define en su Cláusula 1.23.68 en los siguientes términos: "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". Asimismo, el Contrato de Concesión define, en la Cláusula 1.23.73, el concepto de Normas Regulatorias como "los reglamentos, directivas y resoluciones que puede dictar el REGULADOR y que resulten aplicables a las Partes, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio".

56. En esa línea, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN establece lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios.

En adición a los principios contenidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley del Sistema Portuario Nacional, la Ley del Procedimiento Administrativo General y los respectivos Contratos de Concesión, la relación de las Entidades Prestadoras con el usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

- a) **Transparencia.** - El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios, presentar sus reclamos y formular denuncias que considere pertinentes.
(...)
- c) **Buena fe.** - Tanto la Entidad Prestadora como el Usuario guían toda su interrelación por la confianza y la lealtad mutua, entendiendo que ésta es el pilar que sustenta la prestación del servicio.
(...)"

Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)



- e) *Proveer a los usuarios de la información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente".*
(...)"

57. En virtud de las disposiciones antes citadas, APMT tiene el deber de informar a los usuarios sobre sus derechos y obligaciones. Esta información debe ser veraz, adecuada, oportuna y detallada. Así, si APMT impone el pago de un recargo a un usuario, éste debe conocer previamente – de forma veraz, adecuada, oportuna y detallada-, en qué va consistir esta obligación de pago. Ello conlleva, por ende, que el usuario conozca previamente a su exigencia el concepto y alcances del recargo en cuestión, condiciones de su aplicación, fecha de inicio de cobro del recargo, y cualquier otra información que sea relevante y necesaria para su aplicación.
58. En esa medida, si bien las disposiciones del RETA no son aplicables respecto de la figura del recargo, ello no implica ni conlleva a que el Concesionario desconozca las obligaciones que debe cumplir en el marco de otras disposiciones del Regulador, tales como el deber de información y el Principio de Transparencia, conforme lo establece el Contrato de Concesión. Admitir una postura en contrario, implicaría aceptar que el Concesionario aplique y cobre recargos, sin que los usuarios puedan previamente conocer el concepto, alcances de los recargos y condiciones de su aplicación.

III.2.5. Sobre el servicio similar que brinda DPW

59. Finalmente, el Concesionario solicita que OSITRAN tome en consideración que en casos similares ha resuelto accediendo al establecimiento de un Servicio Especial. En particular, cita el caso del Tarifario de DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPW) en el que se encuentra como Servicios Especiales "Trinca/destrinca con material defectuoso" y "Apertura/cierre de twistlock con material defectuoso". En tal sentido, argumenta que a efectos de dotar de consistencia a la decisión regulatoria, es preciso que al competidor de DPW se le apliquen criterios similares, de manera que se facilite la elección de los usuarios cuando se desarrolle un escenario de competencia intraportuaria en el Callao.



60. Al respecto, debe indicarse que el régimen contractual de prestación de Servicios Especiales de DPW difiere del que se aplica a APMT. En efecto, de acuerdo con la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión de DPW, el Concesionario, sin perjuicio de los Servicios Estándar, está facultado a prestar adicionalmente los Servicios Especiales, teniendo derecho a cobrar un Precio. En tal sentido, los Servicios Especiales pueden ser brindados por DPW sin requerir autorización previa del Regulador.



61. En el caso del TNM, el tratamiento es diametralmente distinto, toda vez que de acuerdo con la cláusula 8.20 de su respectivo Contrato de Concesión, el Concesionario puede brindar, adicionalmente a los Servicios Estándar, los Servicios Especiales, respecto de los cuales puede cobrar una Tarifa o un Precio, siendo que para la prestación de los Servicios Especiales, el Concesionario sí se encuentra sometido a un régimen de autorización previa a cargo del Regulador, previa opinión del INDECOPI sobre las condiciones de competencia (Cláusula 8.23).



62. Estando a lo señalado, el argumento del impugnante en este extremo no es correcto, en la medida que de acuerdo con las reglas previstas en el Contrato de Concesión de DPW, el Regulador efectúa un control *ex post* de los servicios especiales que el Concesionario brinda, no requiriendo DPW autorización previa del OSITRAN que le permita brindarlos.

63. Ahora bien, lo señalado en el párrafo anterior no es óbice para que el Regulador, en ejercicio de su potestad supervisora y reguladora contenida en la Ley N° 26917¹⁵ y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM¹⁶, y sus modificatorias, realice la supervisión de los servicios especiales que brinda cualquier concesionario, a fin de verificar que los mismos se vienen prestando respetando estrictamente las disposiciones contractuales del contrato de concesión respectivo, como por ejemplo las reglas sobre el alcance del Servicio Estándar, así como los criterios y normas regulatorias emitidas por el Regulador.

¹⁵ **"Artículo 5.- Objetivos**

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) *Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.*
- b) *Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión. (...)"*

¹⁶ **"Artículo 5.- Objetivos del OSITRAN**

Son objetivos del OSITRAN en el ámbito de su competencia, los siguientes:

(...)

5.4 Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura.

5.5 Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, y a la prestación de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

5.6 Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que el OSITRAN fije, revise o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.

5.7 Velar por el cumplimiento de las disposiciones y regulaciones que establezca el OSITRAN para los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura."

"Artículo 16.- Función Reguladora

El OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto."

Artículo 21.- Función Supervisora

El OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. Asimismo, el OSITRAN verifica el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución que emita o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades o que son propias de las actividades supervisadas.

Adicionalmente, en ejercicio de la función supervisora, el OSITRAN declara ante el Concedente la ocurrencia de una de las causales de suspensión temporal de obligaciones, suspensión temporal de la concesión o la caducidad de la concesión, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de éstas, que haya sido establecida en normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el Contrato de Concesión, en el ámbito de su competencia.



IV. CONCLUSIONES

64. De lo anteriormente expuesto se desprende que:

- (i) Las tres gerencias se reafirman en el hecho que las actividades del servicio propuesto por APMT cumplen con los criterios establecidos por el Consejo Directivo para determinar los alcances del Servicio Estándar, vale decir, son actividades necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga y son de prestación obligatoria por parte del Concesionario.
- (ii) Desde el punto de vista operativo, la atención de contenedores con material defectuoso no implica riesgos adicionales para la integridad física de los trabajadores portuarios, siempre que se cumpla con la normativa y los procedimientos de seguridad aplicables, lo cual es una obligación del Concesionario en virtud de lo establecido en la Cláusula 13.6 del Contrato de Concesión.
- (iii) El servicio propuesto no resulta comparable con los Servicios Especiales Tratamiento de contenedores con carga peligrosa y Suministro de equipos especiales para el manipuleo de contenedores con carga sobredimensionada en el patio de contenedores. Ello en la medida que no se ha evidenciado la necesidad de utilizar equipamiento y/o personal adicional para la prestación del servicio propuesto. Adicionalmente, APMT no ha especificado un criterio objetivo para determinar si los materiales de trincado (incluidos los *twistlocks*) califican como defectuosos, ni tampoco ha sustentado que su personal se encuentre calificado para realizar tal calificación.
- (iv) Respecto del argumento planteado referido a que no resulta aplicable las disposiciones del RETA a la figura del recargo, corresponde declarar fundado este argumento. Ello en tanto que el RETA establece el procedimiento de aplicación de precios y tarifas, así como la política tarifaria y comercial de los Servicios Estándar y Especiales prestados por las Entidades Prestadoras. En el caso del recargo, dado que el cobro de dicho concepto no se realiza como contraprestación de algún Servicio Estándar o Servicio Especial prestado por la Entidad Prestadora, ni califica como parte de la política comercial de la empresa en los términos del RETA, no corresponde la aplicación de las disposiciones contenidas en este reglamento, para efectos del pago de recargos

No obstante ello, APMT debe cumplir con su deber de informar así como con el Principio de Transparencia establecidos en el RUTAP, conforme lo establece el Contrato de Concesión cuando señala que el Concesionario debe cumplir las Normas Regulatorias.



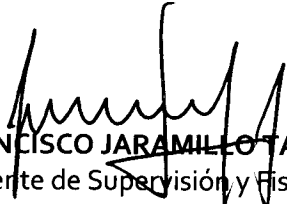
- (v) El argumento del impugnante de que el Regulador habría accedido a que DPW brinde los Servicios Especiales de Trinca/destrinca con material defectuoso y de Apertura/cierre de *twistlock* con material defectuoso, no es correcto, en la medida que de acuerdo con las reglas previstas en el Contrato de Concesión de DPW, el Regulador efectúa un control *ex post* de los Servicios Especiales que brinda el citado operador portuario, no requiriendo DPW autorización previa del OSITRAN que le permita brindarlos, a diferencia de lo que sucede en el caso de APMT. No obstante, ello no es impedimento para que el Regulador, en ejercicio de su potestad supervisora y reguladora contenida en la Ley N° 26917 y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, realice la supervisión de los servicios especiales que brinda cualquier concesionario, a fin de verificar que los mismos se vienen prestando respetando estrictamente las disposiciones contractuales del contrato de concesión respectivo, así como los criterios y normas regulatorias emitidas por el Regulador.

V. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo declarar fundado en parte el Recurso de Reconsideración presentado APM Terminals Callao S.A, por las consideraciones señaladas en el presente informe.

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

Anexo: CD que contiene video de la visita realizada el 8 de diciembre de 2015 al Terminal Norte Multipropósito (muelle 5, amarradero A), en la cual se inspeccionó actividades de trinca y destrinca de contenedores realizadas en la nave Hyundai Privilege.

Reg. Sal. 46511-15