RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 040-2013-CD-OSITRAN

Lima, 01 de julio de 2013

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN, el Informe Nº 024-13-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 APMT en calidad de Concesionario;

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, el Concesionario 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;

Que, asimismo, la referida cláusula establece que el Concesionario 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 16 de mayo de 2012, INDECOPI remitió a APMT el Informe Técnico 007-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre de Competencia, respecto del Servicio Especial denominado "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión";

Que, con fecha 1 de marzo de 2013, mediante carta N°021-2013-APMT/GC APM, el Concesionario solicita a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión";

Que, posteriormente, con fecha 30 de abril de 2013, el Consejo Directivo del OSITRAN emitió la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual declara improcedente la citada solicitud presentada por el Concesionario;

Que, con fecha 29 de mayo de 2013, APMT interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN, solicitando que dicha Resolución sea dejada sin efecto y se disponga el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones".

OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL (e)

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;

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION

Que, con fecha 26 de junio de 2013, mediante Informe N° 024-13-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° 013-2013-CD-OSITRAN, en atención a que, entre otros, el servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" no es un servicio portuario en la medida que no se deriva de la explotación de la infraestructura portuaria;

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe N° 024-13-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;

OSITRAN V°B° PRESIDENCIA

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 Nº 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;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN, por los fundamentos contenidos en el Informe N° 024-13-GRE-GAL-OSITRAN.

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe Nº 024-13-GRE-GAL-OSITRAN, a 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 Nº 024-13-GRE-GAL-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL (e)

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.PD.Nº 18553 -13

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
26 JUN. 2013
RECIBIDO
Firma..... Hora 7:35

INFORME Nº 024-13-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° 013-2013-CD-OSITRAN

Fecha: 26 de junio de 2013

I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración parcial interpuesto por la empresa APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APM Terminals o el Concesionario), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN que declara improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones".

II. ANTECEDENTES

2. El 17 de noviembre y el 19 de diciembre de 2011, APM Terminals mediante el oficio N°79-2011 APMTC/GC remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia del servicio especial denominado "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

3. El 17 de noviembre de 2011, APM Terminals mediante oficio N° 82-2011 APMT/GC, remitió a OSITRAN copia de la Carta dirigida a INDECOPI.

4. El 16 de mayo de 2012, INDECOPI remitió a APM Terminals el informe técnico 007-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre de Competencia.

5. El 1 de marzo de 2013, mediante Carta N°021-2013-APMT/GC APM, el Concesionario solicita a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión".

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

6. El 30 de abril de 2013, el Consejo Directivo del OSITRAN emitió la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual declara improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones".

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

7. El 29 de mayo de 2013, el Concesionario interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN.

8. Mediante carta s/n de fecha 05 de junio de 2013 APM Terminals solicitó audiencia para hacer uso de la palabra.

9. 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.

10. Mediante Carta de fecha 26 de junio del 2013, APM Terminals solicita que, en el supuesto que el Consejo Directivo del OSITRAN confirme los fundamentos expuestos en la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN, dicho órgano indique la manera y/o vía procedimental idónea a seguir por APM Terminals con la finalidad que proceda a cobrar por el desarrollo de la referida actividad.

III. ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

11. Tal como ya se ha señalado, APM Terminals mediante su Recurso de Reconsideración impugna la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN.

12. A fin de emitir un pronunciamiento con relación a los argumentos contenidos en el recurso de reconsideración interpuesto por AMPT, se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:

    III.1. Análisis sobre la admisibilidad del recurso de reconsideración

    III.2. Análisis sobre la procedencia del recurso de reconsideración

III.1 ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

13. Los recursos administrativos se encuentran regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En efecto, el numeral 1 del artículo 206º 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 207º del mismo cuerpo normativo.

14. El artículo 208º 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.

15. 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].

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

[1] Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina, en la obra "Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", al referirse al artículo 207º- 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."

16. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios.

17. 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 acto[2].

18. 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 113º de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sea autorizado por letrado.

19. 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° 013-2013-CD-OSITRAN.

    a. La Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN, que declaró improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones," fue emitida por el Consejo Directivo. APM Terminals 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 cada recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor (el Consejo Directivo), se entiende cumplido el primer requisito.

    b. Como se ha mencionado, el acto administrativo impugnado ha sido emitido por el Consejo Directivo del OSITRAN, quien ejerce de manera exclusiva la función reguladora del organismo, puesto que, de acuerdo con el artículo 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), y el artículo 28º 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 Nº 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

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

---

[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 (...)".

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

artículo 208º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 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 1 del artículo 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que APM Terminals fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN el 8 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 207º de la LPAG.

d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN, se declaró improcedente la solicitud presentada por APM Terminals para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones". En ese orden de ideas, APM Terminals tiene legítimo interés en el tema materia de resolución por el acto administrativo impugnado. Por tanto, al tener legítimo interés, APM Terminals también tiene el derecho de interponer los recursos de reconsideración en contra del referido acto administrativo.

20. El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals, presentado el 29 de mayo de 2013, consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, debe considerarse que el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

III.2. ANÁLISIS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

III.2.1. Sobre la obligación legal que tendría APM Terminals de prestar el servicio dentro del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao

21. Conforme se advierte del Recurso de Reconsideración presentado, APM Terminals sostiene que, al estar comprendido en los alcances de lo dispuesto en la cláusula 1.23.68 del Contrato de Concesión, referido a que el Concesionario se encuentra en la obligación de cumplir las leyes y disposiciones aplicables incluyendo aquellas dictadas por cualquier autoridad gubernamental competente, se encuentra en la obligación de realizar el lavado de camiones o volquetes que transportan concentrados de mineral antes de su salida del Terminal Norte.

22. A efectos de sustentar dicha afirmación, APM Terminals señala que, además del Decreto de Alcaldía N° 000025 de la Municipalidad Provincial del Callao y de la "Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales", mencionadas en la Propuesta Tarifaria del Servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones", existen otras disposiciones y documentos que demostrarían dicha obligación legal.

23. En ese sentido, APM Terminals señala que las normas directamente aplicables al presente caso estarían contenidas en la Ordenanza Municipal N° 000010, que aprueba el Régimen de Aplicación de Sanciones (RAS) y su modificatoria, aprobada por la

OSITRAN V°B° J.P. CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

Ordenanza Municipal N° 000026, particularmente en los códigos 03-004, 03-011 y 03-020 contenidas en el anexo 02 del RAS (Cuadro de Infracciones y Sanciones).

24. Al respecto, es necesario señalar que el Decreto de Alcaldía N° 000025 de la Municipalidad Provincial del Callao, al que hace referencia APM Terminals, aprueba la Directiva sobre Medidas de Mitigación de la Contaminación Ambiental que deben observar los depósitos de concentrados de minerales en la Provincia Constitucional del Callao. Si bien dicha Directiva contiene obligaciones para los depósitos de concentrados de minerales ubicados en dicha Provincia y para el Terminal Marítimo de ENAPU, en ninguno de dichos supuestos se establece disposiciones específicas que obliguen a realizar el lavado de llantas o de la carrocería de los camiones por parte de la Entidad Prestadora **en la infraestructura portuaria**.

25. Por otro lado, respecto a la "Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales", es necesario señalar que ésta fue aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA. En ese sentido, en el segundo considerando de dicha Resolución Directoral se señala expresamente que las Guías Ambientales constituyen *"...lineamientos técnicos, no constituyendo documentos de aplicación obligatoria..."*. En ese orden de ideas, no puede concluirse que dicho documento contenga disposiciones de carácter obligatorio para APM Terminals respecto del servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones".

26. Adicionalmente, como puede advertirse de los códigos específicos del Cuadro de Infracciones y Sanciones contenidas en el Anexo 02 de la Ordenanza Municipal N° 000010, que aprueba el Régimen de Aplicación de Sanciones (RAS) y su modificatoria, aprobada por la Ordenanza Municipal N° 000026, estos contienen supuestos generales aplicables no sólo a APM Terminals, sino a cualquier entidad o usuario que, con su conducta u omisión, incurra en alguna afectación al medio ambiente bajo el control de la Gerencia de Control Ambiental de la Municipalidad Provincial del Callao, en los supuestos regulados en dicho Cuadro de Infracciones y Sanciones. No obstante, no puede pretenderse extraer de dichas disposiciones obligaciones de carácter específico que determinen la obligatoriedad de prestar el servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones".

27. Finalmente, APM Terminals también señala otros dispositivos que resultarían complementarios a los anteriores, tales como la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, Ley N° 28256, Ley que Regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos Peligrosos, y el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos Peligrosos aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2008-MTC. Cabe indicar que en este último caso, APM Terminals no sustenta ni fundamenta qué disposiciones contenidas en dichas normas resultarían aplicables al presente caso y de qué manera ello la obligaría a prestar el servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones", lo cual no permite al OSITRAN determinar el alcance de dicha argumentación.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

28. No obstante ello, luego de la revisión de las normas antes mencionadas, se ha podido advertir que las mismas contienen disposiciones de carácter general, aplicables al tratamiento de los residuos sólidos, particularmente, a los residuos sólidos peligrosos, que involucran una serie de actividades relacionadas con los procesos y operaciones de su gestión y manejo, desde su generación hasta su disposición final, incluyendo las fuentes de su generación en los sectores económicos, sociales y de la población, y su internamiento y tránsito en el territorio nacional.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION

29. En ese sentido, ninguna de las referidas normas contienen obligaciones de carácter específico relacionadas con el tratamiento o limpieza de vehículos de transporte **en infraestructura portuaria**. Únicamente el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Sólidos Peligrosos, en su artículo 61, hace referencia al proceso de descontaminación de los vehículos, unidades de carga y equipos (naturalmente, por tratarse de residuos sólidos peligrosos), proceso en el que participan la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud – Digesa (a efectos de determinar los casos en los que, no obstante la descontaminación, los vehículos o unidades de carga o equipos no podrán ser utilizados en otros transportes) y la Municipalidad Provincial correspondiente (que autoriza lugares específicos en los que se puede realizar el proceso de descontaminación).

30. Asimismo, la citada disposición tampoco obliga a que este proceso se desarrolle en la infraestructura portuaria, sino en lugares específicos debidamente autorizados por la Municipalidad Provincial, por la especialidad y naturaleza de la carga, que no puede ser tratada en el mismo lugar que el resto de la carga común (ameritando contar con personal debidamente calificado para dicho proceso como lo establece el artículo 62 del citado Reglamento).

31. Consecuentemente, de lo expuesto se puede concluir que, si bien APM Terminals se encuentra obligado como empresa socialmente responsable a dar cumplimiento a las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente (al igual que las empresas de transporte, los usuarios y sociedad en su conjunto), no existe norma alguna que obligue a APM Terminals a prestar el servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones" dentro de la infraestructura portuaria. Ello inclusive, es concordante con la propia posición de APM Terminals contenida en su Propuesta de Servicio Especial de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones", en la que señala que para la prestación de este servicio no se requiere el uso de infraestructura portuaria. Por dicho motivo, este extremo del recurso deviene en infundado.

III.2.2. Sobre los alcances del servicio

32. El Concesionario alega tres argumentos relacionados a los alcances del servicio como fundamento de su solicitud de reconsideración:

- ✓ El análisis de la naturaleza de los servicios especiales en el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, referido a una interpretación de oficio de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión).
- ✓ La relación con los servicios establecidos en el Anexo 22 del Contrato de Concesión.
- ✓ La supuesta existencia de contradicciones en el análisis llevado a cabo por el Regulador con relación al criterio de aprovechamiento de infraestructura.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

a) Sobre el análisis del Servicio Especial de "Uso de barreras de contención"

33. Con relación al primero de los mencionados argumentos, el Concesionario cita el párrafo 40 del Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, en el cual se interpreta de oficio la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión con el objetivo de determinar si el servicio "Uso de barreras de contención" forma o no parte del Servicio Estándar. Según el mencionado párrafo:

OSITRAN V°B° G. M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

> *"(...) los Servicios Especiales, al ser prestados únicamente a solicitud de los Usuarios, puede decirse que son efectuados de forma esporádica **en algún momento del flujo operativo-***

portuario del proceso de embarque o desembarque de la carga, y que responden a ciertas particularidades de las mercancías atendidas *o a requerimientos específicos de algunos Usuarios. (...)"*

34. En opinión del Concesionario, a partir de ello se desprende que los Servicios Especiales no tienen que estar directamente ligados con una provisión de infraestructura que permita brindar un servicio de transporte o intercambio modal.

35. No obstante, en el citado párrafo el Regulador no analiza si la prestación del servicio "Uso de barreras de contención" se encuentra o no bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, sino que se limita a analizar la recurrencia de su prestación. Ello con el objetivo de determinar si el servicio "Uso de barreras de contención" cumple o no con la segunda característica de los Servicios Estándar en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, esto es, si la actividad se efectúa de manera recurrente en cada movilización de carga. En tal sentido, el argumento del Concesionario no resulta válido.

36. El Concesionario agrega que el servicio de lavado de llantas forma parte de la operación del proceso de embarque y desembarque de gráneles sólidos:

> *"De este modo, se debe entender que el Servicio es una prestación que debe efectuar APM TERMINALS como parte de la operación del proceso de embarque y desembarque de gráneles sólidos, toda vez que al lavar las llantas y la (sic) carrocerías de los camiones que transportan los minerales se buscar (sic) reducir las externalidades negativas que genera el transporte de dichos hidrocarburos y mitiga los riesgos de contaminación ambiental."*[3]
> [El subrayado es nuestro]

37. Al respecto, cabe precisar que el lavado de llantas y carrocerías de los camiones que transportan mineral al Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao no forma parte del proceso de embarque y desembarque de gráneles sólidos, sino que es una actividad posterior al embarque de gráneles sólidos en las naves. En efecto, el propio Concesionario sostiene que:

> *"Los camiones que llegan al Terminal Norte cargando concentrados de mineral y que antes de la salida del terminal deben ser lavados (llantas y carrocería externa) se desplazan nuevamente hacia los depósitos de minerales (Perubar e Impala) para nuevamente recoger los concentrados y desplazar nuevamente concentrados de mineral hacia el Terminal Norte."*[4] [El subrayado es nuestro]

Asimismo, en la Propuesta del Servicio Especial "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión" presentada por APM Terminals se sostiene que:

> *"El transporte terrestre de los concentrados de mineral, entre el depósito de esta mercancía y el Terminal Norte Multipropósito, se realiza vía camiones o volquetes. Estos volquetes llegan al puerto y descargan los concentrados en una tolva o en plataforma del muelle, luego del cual los concentrados mediante fajas transportadoras son embarcados a las bodegas de las naves. Previo a la salida de los volquetes del puerto por normativa se exige que las llantas y la carrocería externa de estos vehículos sean lavados."*[5]
> [El subrayado es nuestro]

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

[3] Numeral 38 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N°013-2013-CD-OSITRAN.

[4] Numeral 66 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N°013-2013-CD-OSITRAN.

[5] Propuesta del Servicio Especial "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión", página 10.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

b) Sobre la relación con los servicios establecidos en el Anexo 22 del Contrato de Concesión

38. El segundo de los argumentos del Concesionario tiene que ver con la existencia de Servicios Especiales que no garantizan el transporte de mercancías o intercambio modal, y que no se derivan de la explotación de la infraestructura portuaria. Los servicios a los que hace referencia el Concesionario se encuentran contenidos en el Anexo 22 del Contrato de Concesión:

- Barrido de contenedor vacío
- Lavado simple de contenedor
- Lavado químico de contenedor
- Reparación de contenedor
- Suministro de agua y servicio telefónico

39. Sobre el particular, es cierto que los servicios citados por el Concesionario no cumplen con la definición de Infraestructura de Transporte de Uso Público contenida en el artículo 3° del RETA. A pesar de lo anterior, dichos servicios están incluidos en el Contrato de Concesión como Servicios Especiales, siendo el Contrato el que autoriza al Concesionario a cobrar un precio por la prestación de estos servicios.

40. La situación es distinta en el caso bajo análisis, en la medida que el servicio "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" no está incluido en el Contrato de Concesión, sino que es un servicio nuevo respecto del cual se ha solicitado al Regulador el inicio de un procedimiento de fijación tarifaria. Al tratarse de un "servicio nuevo"que no está comprendido en el Contrato de Concesión, el OSITRAN debe proceder de acuerdo con lo establecido en el RETA, según se establece en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión:

> *"(...)*
> *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 Reglamentos General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos y condiciones."* [El subrayado es nuestro]

41. Lo anterior significa que OSITRAN debe evaluar, como primera condición para determinar si procede o no el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, si el servicio nuevo se ajusta o no a la definición de infraestructura de transporte de uso público contenida en el artículo 3 del RETA:

> *"**Artículo 3.- Definiciones***
> *(...)*
> *Infraestructura de Transporte de Uso Público: Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal, y por el cual se cobra una contraprestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, vial u otras infraestructuras públicas de transporte."* [El subrayado es nuestro]

42. De igual manera, es necesario verificar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 11 del RETA respecto de la necesidad de regulación tarifaria:

> *"**Artículo 11.- Necesidad de regulación tarifaria***

En los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público en los que no existen Condiciones de Competencia que limiten el abuso de poder de mercado, el OSITRAN determinará las Tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados. En estos casos el procedimiento podrá iniciarse de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora." [El subrayado es nuestro]

c) Sobre el criterio de aprovechamiento de infraestructura

43. El tercer argumento del Concesionario está relacionado con la supuesta existencia de contradicciones en el análisis llevado a cabo por el Regulador con relación al criterio de aprovechamiento de infraestructura. Al respecto, el Concesionario señala que la aplicación de los artículos 3 y 11 del RETA no se condice con otros aspectos expresamente establecidos en este, a saber, el carácter supletorio del mismo con relación a las reglas pactadas en los Contratos de Concesión. En tal sentido, argumenta que:

> *"De esta manera, incluso en el supuesto negado que OSITRAN considere que el Servicio por nosotros solicitado no reúne las características que indica el RETA, ello no limita la obligación del Regulador de cursar trámite al procedimiento de fijación tarifaria conforme lo indicado en el Contrato de concesión, dado que, como hemos observado, la aplicación del RETA es supletoria a las reglas establecidas en los contratos de concesión."*[6]

44. Sobre el particular, cabe precisar que no existe una contradicción entre la aplicación de los artículos 3 y 11 del RETA y lo estipulado en el Contrato de Concesión. En efecto, el Contrato de Concesión prevé que los Servicios Estándar y los Servicios Especiales que puede brindar el Concesionario deben calificar como servicios portuarios:

> *"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"*

45. Es decir, para que el Concesionario pueda brindar un servicio, ya sea Estándar o Especial, este debe calificarse como servicio portuario. El servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", sin embargo, no cumple con dicha definición, en la medida que no es un servicio que se derive de la explotación de la infraestructura portuaria. Por el contrario, tal como se señala en la Propuesta del Servicio Especial de "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión" presentada por el Concesionario, para la prestación de este servicio no se requiere del uso de la infraestructura portuaria, sino de una estación de lavado de camiones equipada con hidrolavadora a presión, tuberías y rociadores.[7] Ninguno de dichos equipos se ajusta a la definición de Infraestructura Portuaria contenida en el propio Contrato de Concesión:

> *"1.23.62. Infraestructura Portuaria: Obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes construidas o ubicadas en los Puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal"*
> [El subrayado es nuestro]

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

III.2.3. Análisis del caso concreto

46. Conforme a lo anterior, y en aplicación del marco legal anteriormente descrito, el OSITRAN no es competente para iniciar un procedimiento de fijación tarifaria de un

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

[6] Numeral 59 del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N°013-2013-CD-OSITRAN.

[7] Ver Propuesta del Servicio Especial "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión", páginas 10-11.

servicio que no se deriva de la explotación de la infraestructura portuaria, como es el caso del servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones".

47. El hecho que el concesionario haya considerado que el servicio califica como uno especial y, por tal motivo, haya solicitado al INDECOPI que analice las condiciones de competencia en que se presta dicho servicio; y el hecho que la autoridad de competencia haya concluido que el mismo no se presta en condiciones de competencia, no significa que exista la necesidad de regular por parte de OSITRAN. Esto se debe a que, como hemos señalado anteriormente, el Regulador ante todo debe evaluar, como primera condición para determinar si procede o no el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, si el servicio nuevo se ajusta o no a la definición de infraestructura de transporte de uso público conforme lo establece el RETA. Asimismo, debe evaluar si la actividad que se propone consiste en un servicio portuario en los términos establecidos en el Contrato de Concesión y en las normas legales que resulten aplicables.

48. Por otro lado, a través de la Carta de fecha 26 de junio del 2013, APM Terminals solicita que, en el supuesto que el Consejo Directivo del OSITRAN confirme los fundamentos expuestos en la Resolución N° 013-2013-CD-OSITRAN materia de su recurso de reconsideración, este colegiado indique la manera y/o vía procedimental idónea a seguir por APM Terminals con la finalidad que proceda a cobrar por el desarrollo de la referida actividad.

49. Al respecto, es necesario tener en consideración lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, que señala que los servicios portuarios son *"...las actividades que se desarrollan en la zona portuaria, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos que se presten en condiciones de seguridad, eficacia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación."*

50. Asimismo, como ya se ha indicado, el Contrato de Concesión ha definido en su cláusula 1.25.97 como "Servicios" a todos aquellos calificados como portuarios (ya sea Estándar o Especial), que se prestan en el área de la concesión. Adicionalmente, conforme a lo indicado en la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, respecto de dichos servicios portuarios, APM Terminals tiene el derecho de prestación exclusiva en el Terminal Norte Multipropósito.

    No obstante, como también hemos señalado, el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", no cumple con dicha definición. Por tanto, si bien ha quedado evidenciado que, en aplicación del marco legal vigente, el OSITRAN no podría iniciar un procedimiento de fijación tarifaria de un servicio que no se deriva de la explotación de la infraestructura portuaria, sí resulta pertinente efectuar algunas precisiones:

    a) Al no ser el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" uno de tipo portuario en los términos establecidos en el Contrato de Concesión y en la normatividad vigente, dicha actividad no se encuentra en el marco de competencia del Regulador, lo cual no significa que el Concesionario está impedido contractualmente de brindar este tipo de servicios no portuarios y efectuar un cobro por su prestación.
    b) Por ende, respecto de la prestación de dicha actividad y de la eventual contraprestación que su ejecución genere, el Regulador se encontrará en la imposibilidad de ejercer su función supervisora y reguladora, lo cual no significa que el Concesionario tenga libertad para calificar un servicio portuario como si

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA LEGAL

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION

fuera un servicio no portuario, dado que ello evidentemente supondría una extralimitación contraria al marco contractual y normativo y, por tanto, de producirse esto supuesto OSITRAN estaría plenamente habilitado para intervenir.

c) Los servicios que, por su naturaleza y de acuerdo al marco contractual, son exclusivamente portuarios no quedan sujetos a la discrecionalidad del concesionario, sino más bien al ámbito de competencia de OSITRAN. Esto significa que tales servicios, bajo ningún punto de vista, pueden ser calificados o prestados como si fueran servicios no portuarios, correspondiendo en todo caso la calificación al Regulador.

d) De ello se deriva que, sólo en los casos que se trate de Servicios portuarios no previstos en el Contrato de Concesión o cuando se trate de servicios nuevos, el Concesionario estará obligado a observar el procedimiento contenido en el segundo párrafo de la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, es decir, dirigir su propuesta debidamente sustentada de Servicio Especial al INDECOPI con copia al Regulador.

51. Como ejemplos adicionales de actividades que no explotan ni se derivan de la infraestructura portuaria (servicios no portuarios), podría mencionarse el servicio de cafetería o comedor que se contrate dentro de las instalaciones portuarias o, también, el servicio de casa de cambio para las operaciones financieras de los operadores, actividades sobre las cuales el Regulador no tendría mayor injerencia al no encontrarse estas en el ámbito de sus respectivas competencias.

52. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que la Concesionaria debe necesariamente observar lo dispuesto en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, que establece lo siguiente:

> *"8.24. La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, sin costo para los mismos, a través de su página web, el tarifario, reglamento de Tarifas, Precios, política comercial y los procedimientos de aplicación de descuentos, así como sus modificaciones serán establecidos de acuerdo al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA) y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables."*
>
> *[El subrayado es nuestro]*

53. Conforme a ello, APM Terminals se encuentra obligada a poner en conocimiento de los Usuarios a través de su página web, entre otros, el tarifario por los Servicios (servicios portuarios conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión), y aquellas actividades (servicios no portuarios), que establezca, en este último caso, sin necesidad de control previo por parte de OSITRAN.

54. Por lo tanto, independientemente que el OSITRAN no pueda ejercer su función reguladora o supervisora respecto a la actividad de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", APM Terminals debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la Cláusula 8.24 antes mencionada.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

IV. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

1. Si bien APM Terminals se encuentra obligado como empresa socialmente responsable a dar cumplimiento a las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, no existe sustento legal que específicamente determine que APM Terminals se encuentre

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN

en la obligación de prestar el servicio de "Lavado de Llantas y/o carrocería externa de camiones" dentro de la infraestructura portuaria.

2. Si bien los servicios incluidos en el Anexo 2 del Contrato de Concesión no cumplen con la definición de Infraestructura de Transporte de Uso Público contenida en el Artículo 3° del RETA, estos están explícitamente incluidos en el Contrato de Concesión como Servicios Especiales por los cuales el Concesionario podrá cobrar un Precio y, en tal sentido, pueden ser brindados por APM Terminals. En cambio, el servicio "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" es un servicio nuevo respecto del cual el Concesionario ha solicitado al Regulador el inicio de un procedimiento de fijación tarifaria y para ello es necesario proceder de acuerdo con lo establecido en el RETA.

3. La cláusula 1.23.97 del Contrato de Concesión también establece que los servicios que puede brindar APM Terminals deben calificar como servicios portuarios. El servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" no cumple con dicha definición en la medida que no es un servicio que se derive de la explotación de la infraestructura portuaria.

4. El Regulador no cuenta con atribuciones legales y/o contractuales, que le permitan ejercer su función reguladora y supervisora respecto de la actividad "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", lo cual no significa que el Concesionario está impedido contractualmente de brindar este tipo de servicios no portuarios y efectuar un cobro por su prestación.

5. El procedimiento contenido en el segundo párrafo de la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, deberá ser obligatoriamente aplicado por el Concesionario, en la medida que su propuesta de Servicio esté referida a un Servicio portuario no previsto en el Contrato de Concesión o cuando se trate de un servicio nuevo.

6. Sin perjuicio que el OSITRAN no pueda ejercer su función reguladora o supervisora respecto a la actividad de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", APM Terminals debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes mencionadas, se recomienda al Consejo Directivo de OSITRAN declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2013-CD-OSITRAN.

Atentamente,

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Legal

REG.SAL. 17902-13