RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 048-2016-CD-OSITRAN

Lima, 14 de noviembre de 2016

VISTOS:

El Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 08 de noviembre de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, Gerencia de Supervisión y Fiscalización y, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el artículo 16° del Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establece que 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;

Que, el artículo 17° del REGO establece que la Función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

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° 502-2016-APMTC/LEG, recibida el 20 de septiembre de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga", a fin de que analice las condiciones de competencia del servicio, de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, el Informe de Vistos señala que el referido servicio califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo por las siguientes razones:

i. Cuando la rotura de precintos y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga sea solicitada por la autoridad aduanera como parte de sus acciones de control, el servicio propuesto no debe ser considerado como un Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, ya que es parte de una obligación del Concesionario establecida en la Ley General de Aduanas.

ii. En caso el servicio sea demandado por los consignatarios de carga o las líneas navieras de contenedores (o sus representantes) en situaciones particulares que no se encuentran relacionadas con actividades de control aduanero, el servicio califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o como servicio nuevo según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, dado que: (a) las actividades comprendidas dentro del alcance del servicio propuesto son distintas a aquellas que forman parte de los Servicios Estándar, (b) el servicio propuesto no está listado en el Contrato de Concesión y (c) las actividades contenidas dentro del alcance del servicio propuesto no se encuentran contenidas en los Servicios Especiales que se han creado desde el inicio de operaciones del Concesionario bajo el procedimiento descrito en la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo hace suyo el Informe de Vistos, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27838, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, y a lo dispuesto por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1986-600-16-CD-OSITRAN, adoptado en su sesión de fecha 14 de noviembre de 2016;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que el servicio denominado "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; salvo en el caso en el que la SUNAT solicita el servicio como parte de sus acciones de control, por cuanto este supuesto se encuentra dentro del alcance del Servicio Estándar a que se refiere la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

Artículo 2°.- Remitir la presente Resolución y el Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al INDECOPI a efectos de que proceda con el análisis de condiciones de competencia en el supuesto en el que el servicio propuesto califica como Servicio Especial, de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión y el Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito con OSITRAN.

Artículo 3°.- Disponer la notificación de la presente Resolución, así como el Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a la empresa concesionaria APM Terminals Callao S.A., así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines pertinentes.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe N° 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

OSITRAN V°B° GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA (e)

OSITRAN V°B° GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL

Reg. Sal. 41021

INFORME Nº 046-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

OSITRAN
SECRETARIA CONSEJO DIRECTIVO
Fecha:
09 NOV 2016
RECIBIDO
Firma: Hora: 16:59

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
09 NOV 2016
RECIBIDO
FIRMA: HORA: 12:06

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto: Propuesta de Servicio Especial Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga

Fecha: 08 de noviembre de 2016

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 11 de mayo de 2011, se suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Estado de la República del Perú, en calidad de Concedente, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en calidad de Concesionario.

2. 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.

3. Mediante Carta N° 502-2016-APMTC/LEG, recibida el 20 de septiembre de 2016, APMT remitió al INDECOPI, con copia al OSITRAN, la Propuesta de Servicio Especial "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" (en adelante, la propuesta de Servicio Especial).

II. OBJETIVO

4. Determinar si el servicio "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" (en adelante, el servicio propuesto) califica como un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o como servicio nuevo, según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), o si, por el contrario, califica como parte del Servicio Estándar.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORIA JURIDICA

OSITRAN V°B° M. CARRILLO GERENTE DE REGULACION Y ESTUDIOS ECONOMICOS

OSITRAN V°B° V. ARROYO JEFE DE SERVICIOS JURIDICOS DE INFRAESTRUCTURA

OSITRAN V°B° C. AMAGA JEFE DE CONTRATOS PORTUARIOS

OSITRAN V°B° F. JARAMILLO GERENTE DE SUPERVISION Y FISCALIZACION

III. ANÁLISIS

III.1 PROCEDIMIENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALES NO PREVISTOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

5. La Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

> *"8.23. Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*
>
> *La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.*
>
> *A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.*
>
> *En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos y condiciones."*
>
> [El subrayado es nuestro.]

6. Como puede advertirse de la citada cláusula, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos conforme a la definición contenida en el RETA, APMT deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que el primero se pronuncie sobre las condiciones de competencia en un plazo de 70 días calendario.

7. Ahora bien, con el objetivo de establecer un mecanismo que genere predictibilidad en la aplicación del procedimiento seguido por INDECOPI y OSITRAN en el marco de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, y de esta forma generar certeza a APMT sobre si el servicio cuyas condiciones de competencia se someten a evaluación de INDECOPI podrá ser prestado bajo la forma de un Servicio Especial, con fecha 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre ambas entidades.

8. Dicho Convenio establece que el procedimiento para la prestación de un Servicio Especial se inicia con la presentación de la propuesta de servicio efectuada por APMT al

INDECOPI, con copia a OSITRAN, a efectos que INDECOPI se pronuncie sobre las condiciones de competencia. Una vez recibida la propuesta de Servicio Especial en copia, OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, se pronunciará respecto a la naturaleza del servicio. El plazo máximo de OSITRAN para pronunciarse es de 30 días hábiles[1].

9. Si OSITRAN determina que el servicio propuesto por APMT es un Servicio Especial, el INDECOPI se pronunciará sobre la existencia de las condiciones de competencia, dentro del plazo de 70 días calendario que está transcurriendo desde la fecha de presentación de propuesta de servicio. Por el contrario, si OSITRAN determina que el servicio propuesto por APMT no es un Servicio Especial, el INDECOPI podrá emitir su pronunciamiento, señalando que en virtud a lo resuelto por el Regulador, no corresponde realizar el análisis de condiciones de competencia.

III.2 ALCANCES DEL SERVICIO PROPUESTO

10. En su propuesta de Servicio Especial, el Concesionario sostiene que el servicio denominado "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de la carga" posee el alcance siguiente:

> *"Romper el precinto y/o abrir la puerta del contenedor pero sin ejecutar el manipuleo de las mercancías que se encuentran dentro del contenedor".*

11. De acuerdo con lo manifestado por el Concesionario en su propuesta de Servicio Especial, el servicio solo aplica cuando no haya manipuleo por parte del personal de APMT de las mercancías que se encuentran dentro del contenedor.

12. Según dicha propuesta, los demandantes de este servicio serían:

- La SUNAT, principalmente cuando su Brigada de Operaciones Especiales (en adelante, BOE) solicita que se rompa el precinto y se abra un considerable número de contenedores para un reconocimiento visual, para revisión a través de canes o para no realizar actividad alguna;
- Los consignatarios de la carga (o sus representantes); y

---

[1] ***"CLÁUSULA QUINTA: DEL MECANISMO INTERNO PARA GENERA PREDICTIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR OSITRAN E 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***

El mecanismo interno para generar predictibilidad en la aplicación del procedimiento seguido por ambas Entidades 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, se sujeta al siguiente procedimiento:
(...)
(iii) El plazo máximo de OSITRAN para pronunciarse será de 30 días hábiles, en concordancia con lo previsto en el artículo 142 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Dicha Resolución se notificará a APMT y al INDECOPI. El referido plazo se encuentra incluido dentro del plazo de 70 días calendario antes referido.
(...)"

[El subrayado es nuestro.]

- Las líneas navieras de contenedores (o sus representantes), en algunos casos específicos pero muy limitados.

13. Según manifiesta APMT, los responsables del pago por el servicio propuesto serían los consignatarios de la carga, en caso el servicio sea demandado por ellos o por la SUNAT. Asimismo, en caso el servicio propuesto sea demandado por las líneas navieras, estas serían quienes asumirían el pago del mismo.

14. Finalmente, en la propuesta de Servicio Especial se indica que el servicio propuesto se brindaría en las zonas de almacenamiento del Terminal Norte Multipropósito y demandaría la provisión de personal especializado adicional para romper el precinto y abrir la puerta del contenedor.

III.3 ANÁLISIS DEL SERVICIO PROPUESTO

15. Tal como se ha mencionado anteriormente, el servicio propuesto consiste en romper el precinto y/o abrir el contenedor, pero sin manipular las mercancías que se encuentran dentro del contenedor, cuando los solicite la SUNAT o los usuarios - consignatarios de la carga o líneas navieras (o sus representantes).

16. En tal sentido, corresponde analizar si las actividades contenidas dentro del alcance del servicio propuesto se encuentran incluidas dentro del Servicio Estándar o de los Servicios Especiales que actualmente brinda APMT.

A. *Respecto a la naturaleza del Servicio y su relación con el Servicio Estándar*

17. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el Servicio Estándar incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o la descarga. Lo anterior considera, para el caso del embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. Y, en el caso de descarga, considera desde el amarre de la nave hasta el retiro de la carga por el usuario. Asimismo, se incluye un periodo de permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito libre de pago.[2]

18. Para el caso particular de la carga en contenedores, la Tarifa por el Servicio Estándar a la carga incluye las actividades siguientes (Cláusula 8.19 literal b):

> *"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;*

[2] En el caso de la carga contenedorizada, el periodo de almacenamiento libre de pago incluido en el Servicio Estándar es de hasta cuarenta y ocho (48) horas.

vi) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información;

vii) La revisión de precintos; y

viii) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente."

[El subrayado es nuestro]

19. Tal como se observa en la cita anterior, dentro del alcance del Servicios Estándar se encuentra la revisión de precintos. Asimismo, como parte del Servicio Estándar se encuentran los servicios vinculados con regímenes aduaneros que deban brindarse en el terminal portuario, a excepción de aquellos relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal.

A.1. Respecto a si el servicio propuesto se enmarca dentro de la revisión de precintos contenida en el Servicio Estándar

20. La revisión de precintos se encuentra definida en la Cláusula 1.23.96 del Contrato de Concesión en los términos siguientes: *"Acción de verificar que los precintos están intactos y de registrar la numeración. En caso de precintos no intactos registro de los datos del contenedor y comunicación al personal responsable".*

21. Además, según lo señalado en el Informe N° 032-2016-GRE-GSF-GAJ que sustenta la Resolución N° 044-2016-CD-OSITRAN, referida a la naturaleza del servicio "Inspección o revisión adicional de precintos", la actividad revisión de precintos incluida en el Servicio Estándar considera: (i) las acciones de verificación con las que se obtiene información sobre el número de precintos físicos por contenedor y la numeración de seguridad que contiene cada precinto, y (ii) la remisión de dicha información al usuario y las autoridades correspondientes.

22. En ese sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes, cabe precisar que ninguno de los supuestos del servicio propuesto se encuentra dentro del alcance del Servicio Estándar consistente en la revisión de precintos a que se refiere el numeral vii del literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

A.2. Respecto a si el servicio propuesto se enmarca dentro de los servicios vinculados con regímenes aduaneros contenidos en el Servicio Estándar

23. En el numeral viii literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se establece que el Servicio Estándar incluye los servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, como lo son las actividades de embarque y descarga dentro de los Regímenes Aduaneros de Importación, Exportación y Transbordo señalados en el artículo 59 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, que deban prestarse únicamente en el Terminal por el Concesionario, con excepción de los servicios que involucre el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal.

24. Sobre el particular, en el Decreto Legislativo N° 1053 que aprueba la Ley General de Aduanas se indica lo siguiente:

"Artículo 162.- Control aduanero

Se encuentran sometidas a control aduanero las mercancías, e incluso los medios de transporte que ingresan o salen del territorio aduanero, se encuentren o no sujetos al pago de derechos e impuestos.

Asimismo, el control aduanero se ejerce sobre las personas que intervienen directa o indirectamente en las operaciones de comercio exterior, las que ingresan o salgan del territorio aduanero, las que posean o dispongan de información, documentos, o datos relativos a las operaciones sujetas a control aduanero; o sobre las personas en cuyo poder se encuentren las mercancías sujetas a control aduanero.

Cuando la autoridad aduanera requiera el auxilio de las demás autoridades, estas se encuentran en la obligación de prestarlo en forma inmediata."

"Artículo 164.- Potestad aduanera
Potestad aduanera es el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanecía, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero.

La Administración Aduanera dispondrá las medidas y procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio de la potestad aduanera.

Los administradores y concesionarios, o quienes hagan sus veces, de los puertos, aeropuertos, terminales terrestres y almacenes aduaneros, proporcionarán a la autoridad aduanera las instalaciones e infraestructuras idóneas para el ejercicio de su potestad."

"Artículo 165.- Ejercicio de la potestad aduanera

La Administración Aduanera, en ejercicio de la potestad aduanera, podrá disponer la ejecución de acciones de control, antes y durante el despacho de las mercancías, con posterioridad a su levante o antes de su salida del territorio aduanero, tales como:

a) Ejecutar acciones de control, tales como: la descarga, desembalaje, inspección, verificación, aforo, auditorías, imposición de marcas, sellos, precintos u otros dispositivos, establecer rutas para el tránsito de mercancías, custodia para su traslado o almacenamiento, vigilancia, monitoreo y cualquier otra acción necesaria para el control de las mercancías y medios de transporte;
(...)"

"Artículo 166.- Verificación

La autoridad aduanera, a efectos de comprobar la exactitud de los datos contenidos en una declaración aduanera, podrá:

a) Reconocer o examinar físicamente las mercancías y los documentos que la sustentan;
(...)"

[El subrayado es nuestro]

25. De los artículos reseñados en el numeral precedente, se evidencia que el Control Aduanero, que es parte de la Potestad Aduanera de la Administración Aduanera

competente para aplicar la legislación aduanera (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT), se ejerce sobre aquellos que posean o dispongan de información y sobre las personas en cuyo poder se encuentren las mercancías sujetas al referido control.

26. Asimismo, de la normativa citada se desprende que la Administración Aduanera, en el ejercicio de la potestad aduanera, puede disponer de acciones de control, antes y durante el despacho de las mercancías.

27. En ese sentido, en el supuesto que la SUNAT solicite el servicio propuesto, se estaría frente a una actividad vinculada con los regímenes aduaneros previstos en la normativa vigente y que deben prestarse, para este caso, únicamente en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Norte del Callao, debiendo APMT cumplir con dicho mandato como parte de la prestación del Servicio Estándar, de conformidad con lo establecido en el numeral viii) del literal b de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

A.3. *Respecto a si el servicio propuesto se enmarca dentro del Servicio Estándar cuando es demandado por los usuarios (consignatarios de carga o líneas navieras)*

28. De acuerdo a lo manifestado por el Concesionario, la rotura de precinto y/o apertura de contenedor eventualmente podría ser demandada por los consignatarios de la carga o las líneas navieras de contenedores (o sus representantes), supuestos que no formarían parte de las obligaciones establecidas en la Ley General de Aduanas, y por ende, tampoco formarían parte del Servicio Estándar.

29. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, se aprobó el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, sobre la interpretación de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión antes citada, donde se indicó que los Servicios Estándar presentan, entre otros, las siguientes características:

(i) Su prestación es necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga.
(ii) Son actividades que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, con lo cual son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas.
(iii) Son de prestación obligatoria por parte del Concesionario, como resultado de que se cumple (i) y que el Concesionario es el único que puede prestarlo (en concordancia con la Cláusula 2.7 referido a la exclusividad que tiene el Concesionario para la prestación de todos los servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito).

30. Por otro lado, el referido informe señaló respecto de los Servicios Especiales que, 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 responde a ciertas particularidades de las mercancías atendidas o a requerimientos específicos de algunos usuarios.

31. Asimismo, se señaló que, de las definiciones establecidas en el propio Contrato de Concesión, los Servicios Estándar y Especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio –regulatorio–en sus definiciones.

32. Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde analizar si el alcance del servicio propuesto por el Concesionario califica como parte del Servicio Estándar a la luz de la interpretación efectuada por el Consejo Directivo en caso la rotura de precinto y/o apertura del contenedor se realiza a solicitud de los consignatarios de la carga o las líneas navieras (o sus representantes), en situaciones que no están relacionadas con actividades de control aduanero. En ese sentido, considerando el análisis previo, así como alcance y características del servicio propuesto, se verifica que:

(i) El servicio propuesto por APMT no resulta necesario para completar el proceso de embarque o descarga de la carga. Ello debido a que, en el mencionado supuesto, el servicio propuesto no resulta indispensable para completar el embarque o descarga de contenedores, sino que se brindará a solicitud de los consignatarios de la carga o las líneas navieras (o sus representantes) en situaciones particulares que no se encuentran explícitamente consideradas en el alcance del Servicio Estándar al no estar relacionadas con actividades de control aduanero.

(ii) Es una actividad que no se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga en contenedores, sino que se realizará en casos específicos a solicitud de los consignatarios de carga o las líneas navieras (o sus representantes).

(iii) Su prestación no es obligatoria por parte del Concesionario, en la medida que el servicio no es necesario para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, toda vez que se brinda a solicitud del consignatario de la carga o las líneas navieras (o sus representantes).

33. En tal sentido, teniendo en cuenta el análisis antes efectuado, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, así como los criterios que fueron establecidos por OSITRAN en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, es posible afirmar lo siguiente:

- El servicio propuesto forma parte del Servicio Estándar a la carga en contenedores previsto en el Contrato de Concesión cuando es requerido por la SUNAT, toda vez que forma parte de una obligación establecida en la Ley General de Aduanas.

- El servicio propuesto posee características de Servicio Especial cuando es demandado por los consignatarios de carga o las líneas navieras (o sus representantes) en situaciones particulares que no se encuentran relacionadas con actividades de control aduanero. Ello debido a que, en estos casos, el servicio propuesto es efectuado de forma esporádica en algún momento del flujo operativo – portuario del proceso de embarque o desembarque de la carga, y responde a requerimientos específicos de algunos usuarios.

B. Respecto a los Servicios Especiales relacionados a la carga en contenedores

34. Sin perjuicio de lo señalado, de la revisión de los Servicios Especiales que actualmente brinda el Concesionario y/o que se encuentren en evaluación de las condiciones de competencia por parte del INDECOPI, se evidencia que dos servicios incluyen actividades relacionadas a precintos, los cuales están definidos de la siguiente manera:

Cuadro N° 1

Servicios Especiales referidos a precintos

Servicio	Definición
Colocación de precintos	Los precintos son colocados al momento del cierre del contenedor, el servicio considera la colocación de precintos a contenedores de acuerdo a solicitud del cliente o de las autoridades. El servicio será facturado por unidad de precinto.
Inspección o revisión adicional de precintos	Realizar la verificación o revisión adicional del número de precintos físicos, del número o código de cada precinto, y posteriormente remitir la información que resulte de esta verificación adicional, a solicitud del consignatario de la carga para los casos de exportación o importación, o a solicitud del representante de la línea naviera para los casos de transbordo, como consecuencia de una discrepancia entre la información que manejan los usuarios y la información que se deriva de la revisión de precintos incluida en el Servicio Estándar.

Fuente: Anexo 22 del Contrato de Concesión y Resolución N° 044-2016-CD-OSITRAN.

35. Al respecto, se observa que los servicios antes mencionados están referidos a la colocación de uno o varios precintos en un contenedor y a la revisión adicional de precintos a solicitud de usuarios; mientras que el servicio propuesto está relacionado a la rotura de precintos y/o apertura de contenedores. En tal sentido, se trata de servicios distintos.

36. En consecuencia, las actividades dentro del alcance del servicio propuesto no están incluidas en los Servicios Especiales considerados en el Contrato de Concesión, ni en aquellos que se encuentran en evaluación por parte del INDECOPI.

IV. CONCLUSIÓN

37. De lo anteriormente expuesto, se concluye que cuando la rotura de precintos y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga sea solicitada por la autoridad aduanera como parte de sus acciones de control, el servicio propuesto no debe ser considerado como un Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo, ya que es parte de una obligación del Concesionario establecida en la Ley General de Aduanas.

38. Por otro lado, en caso el servicio sea demandado por los consignatarios de carga o las líneas navieras de contenedores (o sus representantes) en situaciones particulares que no se encuentran relacionadas con actividades de control aduanero, el servicio califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o como servicio nuevo según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, por las siguientes razones:

i. Las actividades comprendidas dentro del alcance del servicio propuesto son distintas a aquellas que forman parte de los Servicios Estándar.

ii. El servicio propuesto no está listado en el Contrato de Concesión entre los Servicios Especiales Regulados (Anexo 5 del Contrato de Concesión), ni entre los No Regulados (Anexo 22 del Contrato de Concesión).

iii. Las actividades contenidas dentro del alcance del servicio propuesto no se encuentran contenidas en los Servicios Especiales que se han creado desde el inicio de operaciones del Concesionario bajo el procedimiento descrito en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACIONES

39. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, en el cual queda establecido que el servicio denominado "Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga" califica parcialmente como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión o servicio nuevo; ya que cuando la SUNAT solicita el servicio como parte de sus acciones de control, las actividades contenidas dentro de su alcance constituyen servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y forman parte del Servicio Estándar.

40. Asimismo, en caso el presente Informe sea aprobado por el Consejo Directivo, se recomienda su remisión al INDECOPI a efectos de que proceda con el análisis de las condiciones de competencia del servicio propuesto, de conformidad con la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.

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

OSITRAN V°B° V. ARROYO

Reg. Sal. 40211-16

OSITRAN V°B° GALIAGA JEFE DE CONTRATOS PORTUARIOS

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 3195-2016-66

PARA :SCD

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

FECHA : 09/11/16

OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL