

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**N° 0037-2020-CD-OSITRAN**

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2020
12:51:19 -0500

Lima, 09 de julio de 2020

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, y el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 11 de mayo del 2011, el Estado Peruano -representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional- suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMTTC o el Concesionario);

Que, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en dicho contrato o cuando se trate de servicios nuevos, el Concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) con copia al Regulador su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada;

Que, el 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 APMTTC en el marco de lo establecido en la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, Mediante Carta N° 791-2019-APMTTC/LEG de fecha 12 de diciembre de 2019, APMTTC remitió al Indecopi, la Propuesta de Servicio Especial "Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado" (en adelante, el Servicio Propuesto);

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN (en adelante también, la Resolución Impugnada) se declaró que el servicio propuesto por APMTTC denominado "Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado" califica como un Servicio Especial, no incluido en los anexos 5 y 22 del Contrato de Concesión, ni en aquellos Servicios Especiales que han sido calificados así por el Regulador en aplicación de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, solamente en el Escenario 1, cuando los consignatarios requieren que su carga suelta sea colocada sobre un pallet debidamente enzunchado. En este caso el Concesionario deberá proporcionar los materiales señalados en su propuesta de Servicio Especial, es decir, materiales como zunchos, grapas, y herramientas como enzunchadoras y tenazas para realizar las labores de enzunchado. En los Escenarios 2, 3 y 4, el Servicio Propuesto ya se encuentra incluido en el alcance de los Servicios Especiales de "Manipuleo por registro (sin montacargas)" y "Manipuleo por registro (con montacargas)" del Anexo 5 del Contrato de Concesión. Esta resolución fue notificada al Concesionario el 20 de febrero de 2020, mediante Oficio N° 0054-2020-SCD-OSITRAN;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2020 09:45:10 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 09/07/2020 20:12:32 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 09/07/2020 16:10:49 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 09/07/2020 15:36:42 -0500

Que, mediante escrito S/N recibido el 12 de marzo de 2020, APMTC interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, a efectos que dicha decisión sea revocada en el extremo que califica los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto dentro del alcance de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro (sin montacargas y con montacargas) del Anexo 5 del Contrato de Concesión. El citado recurso fue complementado por el Concesionario mediante escrito S/N recibido el 03 de julio de 2020;

Que, mediante el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN analizaron los argumentos esgrimidos por APMTC, recomendando declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, en el extremo que declaró que en los Escenarios 2, 3 y 4, el Servicio Propuesto ya se encuentra incluido en el alcance de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión, ello sobre la base de las siguientes conclusiones:

1. El Concesionario no ha presentado argumento alguno que contravenga la decisión del Regulador respecto a que el Servicio Propuesto, en sus escenarios 2, 3, y 4, ya se encuentran incluidos en el alcance de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión.
2. La Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión define el término “Manipuleo” como una acción que implica la participación de una unidad de transporte y que tiene por finalidad que la carga pueda ser transportada; por lo que dicha definición se encuentra vinculada con el contenido del Servicio Estándar descrito en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. Por el contrario, los Servicios de Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con Montacargas)” definidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión tienen como finalidad la inspección de la carga e incluyen actividades adicionales para que esta pueda ser efectivamente inspeccionada y retorne a su estado inicial en condiciones adecuadas para su posterior transporte, incluyendo entre otros, el retiro de embalaje, retiro de zunchos, láminas de plástico y despaletizado, así como el procedimiento inverso que el Concesionario presenta como actividades del Servicio Propuesto.
3. La opinión técnica brindada por la Autoridad Portuaria Nacional solamente constituyó un insumo o medio probatorio para la toma de decisión por parte del Regulador. El requerimiento de dicha opinión tiene sustento en el Principio de Verdad Material, así como en lo dispuesto por los artículos 177, 182 y 188 del TUO LPAG. Adicionalmente, el requerimiento de opinión se consideró necesario en virtud de que la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN que interpretó que los Servicios Estándar y Especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio. Por lo demás, la inclusión de la opinión técnica brindada por la APN como uno de los sustentos de la decisión del Regulador, no supone una vulneración de los principios de legalidad o ejercicio legítimo del poder, ni mucho menos una contravención al artículo 62 de la Constitución.
4. La decisión del Ositrán contenida en la Resolución Impugnada se encuentra debidamente sustentada en los párrafos 49 al 54 y 57 del Informe Conjunto N° 00027-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), a través de los cuales se analizan los hechos descritos por el Concesionario, los alcances del Servicio Propuesto y del Servicio de Manipuleo por Registro y se concluye con una decisión que se ampara en lo previsto en el propio Contrato de Concesión.

Que, luego de evaluar y deliberar el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, así como en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 705 -2020-CD-OSITRAN, de fecha 08 de julio de 2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, en el extremo que declaró que en los Escenarios 2, 3 y 4, el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” ya se encuentra incluido en el alcance de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Artículo 2°.- Remitir la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) al INDECOPI.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) a APM Terminals Callao S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines pertinentes.

Artículo 4°.- Publicar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00077-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese.

VERONICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020044528

**INFORME CONJUNTO N° 00077-2020-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)**

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020
18:03:22 -0500

Firmado por: VEGA
VASQUEZ John
Albert FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020
18:44:34 -0500

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020
19:23:53 -0500

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JOHN VEGA VÁSQUEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración contra el extremo de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” califica como parte de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Referencia : Escritos S/N recibidos el 12 de marzo y el 03 de julio de 2020

Fecha : 08 de julio de 2020

I. OBJETO

1. Emitir opinión respecto de los Escritos S/N recibidos el 12 de marzo de 2020 y 03 de julio de 2020, mediante los cuales APM Terminals Callao S.A. interpuso recurso de reconsideración contra el extremo de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” califica como parte de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 19:09:51 -0500

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo del 2011, el Estado Peruano (en adelante, Concedente) - representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN)- suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMTTC o el Concesionario).
3. De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo de la Cláusula 8.23¹ del Contrato de Concesión, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 19:05:46 -0500

Visado por: VILCAPOMA VIRRUETA
Hanz Joel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 18:21:52 -0500

Visado por: VENTURI MOQUILLAZA
Angela Rita FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 18:21:30 -0500

Visado por: ALIAGA CALDERON
Carlos Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 18:18:27 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 17:55:28 -0500

Visado por: ZAVALETA MEDINA Josue
Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 17:51:46 -0500

Visado por: DAGA LAZARO Roberto
Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/07/2020 17:50:28 -0500

¹ El segundo párrafo de la Cláusula 8.23. señala:
“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.”

dicho contrato o cuando se trate de servicios nuevos, el Concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada.

4. El 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre Ositrán e Indecopi a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMTC en el marco de lo establecido en la mencionada Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.
5. Mediante Carta N° 791-2019-APMTC/LEG de fecha 12 de diciembre de 2019, APMTC remitió al Indecopi, la Propuesta de Servicio Especial “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” (en adelante, Propuesta de Servicio Especial).
6. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN (en adelante también, la Resolución Impugnada), sustentada en el Informe Conjunto N° 00027-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), se declaró que el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” (en adelante, el Servicio Propuesto) califica como Servicio Especial, no incluido en los anexos 5 y 22 del Contrato de Concesión, ni en aquellos Servicios Especiales que han sido calificados así por el Regulador en aplicación de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, solamente en el **Escenario 1**: cuando los consignatarios requieren que su carga suelta sea colocada sobre un *pallet* debidamente enzunchado. En este caso el Concesionario deberá proporcionar los materiales señalados en su Propuesta de Servicio Especial, es decir, materiales como zunchos, grapas, y herramientas como enzunchadoras y tenazas para realizar las labores de enzunchado.

En los siguientes Escenarios, el Servicio Propuesto ya se encuentra incluido en el alcance de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión:

- **Escenario 2:** Cuando los consignatarios de la carga demandan inspecciones o reconocimientos previos de su carga.
 - **Escenario 3:** Cuando en el contexto de que un contenedor lleno es asignado a canal rojo, los oficiales de aduanas realizan un reconocimiento o inspección física de la carga.
 - **Escenario 4:** Cuando personal de la BOE de la SUNAT realiza inspecciones inopinadas de un contenedor lleno.
7. La Resolución Impugnada fue notificada al Concesionario, el Concedente e Indecopi el 20 de febrero de 2020, mediante los oficios N° 0054, 0055 y 0056-2020-SCD-OSITRAN, respectivamente.
 8. Mediante Escrito S/N recibido el 12 de marzo de 2020, APMTC interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, a efectos que dicha decisión sea revocada en el extremo que califica los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto dentro del alcance de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro (sin montacargas y con montacargas) del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Asimismo, en dicho Escrito, el Concesionario solicitó uso de la palabra al Consejo Directivo del Ositrán a efectos de exponer los argumentos que sustentan su posición.

9. Es importante mencionar que los plazos del presente procedimiento fueron suspendidos por treinta (30) días hábiles, a partir del 16 de marzo de 2020, ello en virtud de la medida dispuesta en la Segunda Disposición Complementaria y Final del Decreto de Urgencia N° 026-2020². Dicha suspensión de plazos fue ampliada posteriormente mediante

² Segunda. - Medidas para el Poder Ejecutivo y suspensión de plazos

Decretos Supremos N° 076 y 087-2020-PCM, a través de los cuales se dispusieron prórrogas adicionales, extendiendo el plazo de suspensión del presente procedimiento hasta el 10 de junio de 2020.

10. Mediante Carta N° 379-2020-APMTC-LEG recibido el 10 de junio de 2020, el Concesionario manifestó su consentimiento para que toda actuación referida a los recursos de reconsideración interpuestos ante el Consejo Directivo del Ositrán sean notificadas de manera electrónica al correo gestion.documentaria@apmterminals.com.
11. Mediante Oficio N° 0085-2020-SCD-OSITRAN de fecha 12 de junio de 2020, la Secretaría de Consejo Directivo del Ositrán informó al Concesionario que el uso de la palabra solicitado fue programado para la sesión de Consejo Directivo de fecha 24 de junio de 2020.
12. Con fecha 24 de junio de 2020, APMTC hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán a efectos de exponer los argumentos que sustentan su posición.
13. Mediante Informe Conjunto N° 0071-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) de fecha 02 de julio de 2020, se remitió a la Gerencia General de Ositrán la opinión de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica respecto de los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su recurso de reconsideración.
14. Mediante Escrito S/N recibido el 03 de julio de 2020, APMTC presentó alegatos complementarios a su recurso de reconsideración.
15. En la sesión de Consejo Directivo del Ositrán de fecha 08 de julio de 2020, se solicitó incorporar el análisis de los argumentos del Escrito S/N de APMTC del 03 de julio de 2020 en el Informe Conjunto N° 0071-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), lo cual ha sido realizado en el presente informe.

III. ANÁLISIS

16. El presente informe abordará y evaluará, en primer lugar, el cumplimiento de la admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por APMTC, y posteriormente, se presentarán y analizarán los argumentos planteados por APMTC en su recurso de reconsideración.

III.1 ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

17. En esta sección, se analizará si el recurso de reconsideración interpuesto por APMTC, cumple con los requisitos previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO LPAG).
18. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO LPAG, en concordancia con el artículo 217 del mismo cuerpo normativo, los administrados tienen la facultad de ejercer, en vía administrativa, su derecho de contradicción contra actos administrativos que se suponen, violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo. Asimismo, el artículo 219 antes indicado establece que el recurso de reconsideración debe ser interpuesto ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, debiendo sustentarse en nueva prueba, salvo que se trate de actos

(...)

De manera excepcional, declárese la suspensión por treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación del presente Decreto de Urgencia, del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente norma, con excepción de aquellos que cuenten con un pronunciamiento de la autoridad pendiente de notificación a los administrados. El plazo antes señalado puede ser prorrogado mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, en cuyo caso no se requiere nueva prueba.

19. Por su parte, el artículo 221 del TUO LPAG dispone que el recurso administrativo que se interponga debe identificar el acto que se recurre y cumplir con los demás requisitos previstos en el artículo 124 de la citada norma. Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 218 del TUO LPAG, el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios, vencidos los cuales se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto³.
20. En síntesis, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
 - Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el acto que es materia de la impugnación.
 - Que se sustente en nueva prueba, salvo 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, contado 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 cumpla con los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO LPAG.
21. A continuación, se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos:
 - a. **Interposición del recurso impugnativo:** Como se ha mencionado anteriormente, la Resolución de Consejo Directivo N° 0011-2020-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo del Ositrán. Asimismo, de la lectura del escrito presentado por APMTC, se advierte que ha dirigido su recurso de reconsideración ante el mismo órgano que emitió la citada Resolución. En ese sentido, dado que el recurso de reconsideración ha sido dirigido al órgano emisor del acto objeto de impugnación, se entiende cumplido el primer requisito.
 - b. **Sustentación en nueva prueba:** Como se indicó previamente, de acuerdo con el artículo 219 de TUO LPAG, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba.

En el presente caso, se debe tener en cuenta que, conforme con el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, LMOR), Ositrán ejerce la función reguladora dentro de su respectivo ámbito de competencia. Dicha función reguladora es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo del Ositrán, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento de la LMOR, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM⁴. Cabe indicar también que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la LMOR, el Consejo Directivo es la máxima autoridad del Ositrán. Por tanto, el Consejo Directivo constituye una instancia única para el ejercicio de la función reguladora a cargo de este organismo Regulador.

En consecuencia, de acuerdo con las disposiciones legales antes citadas, el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución emitida por el Consejo Directivo del Ositrán no requiere sustentarse en nueva prueba. Siendo ello así, el segundo requisito también se ha cumplido.

³ Conforme con lo previsto por el artículo 222 del TUO LPAG, cuyo tenor es el siguiente: “Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”

⁴ En concordancia con las disposiciones de la LMOR y su Reglamento referidas, el artículo 17 del Reglamento General de Ositrán (aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias) establece también que la función reguladora corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo.

- c. **Plazo para la presentación del recurso:** Conforme lo establece el numeral 144.1 del artículo 144 del TUO 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.

Atendiendo que APMTC fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 0011-2020-CD-OSITRAN, el 20 de febrero de 2020, el recurso de reconsideración interpuesto el día 12 de marzo de 2020 ha sido presentado dentro del plazo establecido para tal efecto, de conformidad con los artículos 144.1 y 146 del TUO LPAG. En consecuencia, se concluye que el Concesionario ha cumplido con el tercer requisito.

- d. **Legítimo interés de quien interpone el recurso.** Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0011-2020-CD-OSITRAN se declaró que el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” califica como parte de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión. En consecuencia, se evidencia la existencia de un legítimo interés de APMTC para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.
- e. **Requisitos de forma.** De la lectura del recurso de reconsideración interpuesto por APMTC, se advierte que los mismos cumplen con los requisitos de forma previstos en el artículo 124⁵ del TUO LPAG.

22. Por las razones antes expuestas, se colige que el recurso de reconsideración cumple los requisitos de admisibilidad y procedencia, por lo que corresponde dar el trámite correspondiente al mismo.

III.2 LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

23. En el recurso de reconsideración interpuesto, el Concesionario solicita que la decisión adoptada en la Resolución Impugnada sea revocada en el extremo que califica al servicio de “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” como parte de los Servicios Especiales “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión en los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto. Dicha solicitud se sustenta en los siguientes argumentos:

- El Concesionario sostiene que el Servicio Propuesto no forma parte del alcance del Servicio Estándar a la carga en contenedores o fraccionada previsto en el Contrato de Concesión, ni tampoco cumple con los criterios que fueron establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN para calificar el servicio como Servicio Estándar. Además, APMTC refiere que coincide con el

⁵ Dicha disposición establece que todo escrito que se presente a la administración deberá contener la siguiente información:

“Artículo 124.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.”

Regulador en el hecho de que el Servicio Propuesto no forma parte del Servicio Estándar.

- APMTC manifiesta que el manipuleo por registro sigue las mismas reglas que el manipuleo general, el cual implica mover y levantar la carga para ponerla de un punto a otro sin alterar su forma, utilizando una cuadrilla y/o montacargas. Asimismo, el Concesionario señala que el Servicio Propuesto no comprende el retiro de la carga de un punto para colocarlo en otro, sino que este servicio implica el retiro del embalaje (retiro de zunchos y papel film) de manera adicional al movimiento de la carga. En ese sentido, APMTC considera que el Servicio Propuesto no está comprendido dentro de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro contenidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión.
 - APMTC argumenta que la APN no tiene competencia para intervenir en el procedimiento de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, toda vez que en dicha cláusula se indica que los únicos intervinientes en el procedimiento de evaluación de un Servicio Especial y/o servicio nuevo no previsto en el contrato son el Indecopi y el Ositrán. Asimismo, el Concesionario manifiesta que la APN no tiene competencia para establecer el contenido y determinar el alcance de actividades de una categoría (Servicios Especiales) que únicamente se encuentra definida en el Contrato de Concesión, en la medida que dicha determinación debe ser efectuada por Ositrán. Adicionalmente, en su Escrito S/N de fecha 03 de julio de 2020, el Concesionario señala que la intervención de la APN representa una vulneración del artículo 62 de la Constitución que garantiza la libertad contractual, el principio de legalidad y el principio de ejercicio legítimo del poder, al pretender dotar de contenido a una categoría exclusivamente contractual.
 - En opinión de APMTC, la Resolución Impugnada y el informe que la sustenta carecen de motivación en el extremo que califica los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto dentro del alcance de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro contenidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. El Concesionario manifiesta que dicha decisión del Regulador está sustentada únicamente en el Informe Técnico N° 0011-2020-APN-DOMA (en adelante, Informe Técnico de la APN), sin hacer, tanto la APN como el Ositrán, un análisis referido a la definición de “Manipuleo” contenida en el Contrato de Concesión.
24. Cabe señalar que los argumentos de APMTC señalados en el párrafo anterior fueron presentados mediante Escrito S/N del 02 de marzo de 2020 y expuestos en la audiencia de uso de palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán llevada a cabo el 24 de junio de 2020. Asimismo, mediante Escrito S/N del 03 de julio de 2020, el Concesionario reiteró y amplió los argumentos referidos a la supuesta afectación a los principios constitucionales de libertad contractual y de debido proceso y debida motivación.

III.3 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

25. Teniendo en cuenta los argumentos mencionados anteriormente, a continuación, se analizará la solicitud del Concesionario.

III.3.1. El alcance del Servicio Estándar

Argumento del Concesionario

26. El Concesionario sostiene que el Servicio Propuesto no forma parte del alcance del Servicio Estándar a la carga en contenedores o fraccionada previsto en el Contrato de Concesión, ni tampoco cumple con los criterios que fueron establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN para calificar el servicio como Servicio Estándar. Además, APMTC refiere que coincide con el Regulador en el hecho de que el Servicio Propuesto no forma parte del Servicio Estándar.

Análisis del Regulador

27. En efecto, tal y como lo ha expresado el Ositrán en su Informe Conjunto N° 00027-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el Servicio Propuesto no se enmarca en el alcance del Servicio Estándar a la carga contenedorizada o fraccionada previsto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, ni tampoco cumple con los criterios establecidos por el Regulador en su Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, para calificar a determinado servicio como Servicio Estándar, en tanto que el Servicio Propuesto por APMTC: (i) no resulta necesario o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, (ii) es una actividad que no se efectúa de manera recurrente en cada movilización de la carga, y (iii) su prestación no es obligatoria por parte del Concesionario.
28. En ese sentido, en la medida que el Concesionario no ha presentado argumento alguno que contravenga el análisis efectuado por el Regulador respecto al alcance del Servicio Propuesto, sino que, por el contrario, tanto el Concesionario como el Regulador coinciden en dicho análisis, consideramos que no resulta procedente pronunciarnos sobre este extremo del recurso presentado por APMTC.

III.3.2. El alcance del servicio manipuleo por registro

Argumento del Concesionario

29. APMTC manifiesta que el manipuleo por registro sigue las mismas reglas que el manipuleo general, el cual implica mover y levantar la carga para ponerla de un punto a otro sin alterar su forma, utilizando una cuadrilla y/o montacargas. Asimismo, el Concesionario señala que el Servicio Propuesto no comprende el retiro de la carga de un punto para colocarlo en otro, sino que este servicio implica el retiro del embalaje (retiro de zunchos y papel film) de manera adicional al movimiento de la carga. En ese sentido, APMTC considera que el Servicio Propuesto no está comprendido dentro de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro contenidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, por lo siguiente:
- “(...) el Anexo 5 hace mención expresa al término "manipuleo" el mismo que se encuentra definido en el numeral 1.23.70 del Contrato de Concesión como la *"acción de mover y colocar la carga desde el patio de almacenaje o desde la zona de muelle encima de la unidad de transporte para que pueda ser transportada o viceversa"*.”
 - “Es decir, el Manipuleo implica tomar la carga de un punto (patio o muelle) y colocarla en la unidad de transporte. En palabras simples, mover y levantar la carga para ponerla de un punto a otro (unidad de transporte). En ningún extremo, el manipuleo implica alterar la forma o el embalaje de la carga; ello no se encuentra establecido ni en las normas aplicables, ni en el Contrato de Concesión, por lo que mal podría afirmarse que el manipuleo, en los términos establecidos expresamente en el contrato de concesión, implican la alteración o intervención en la forma en la que la carga arriba al terminal”.
 - “(...) Corresponde revisar nuevamente la definición del servicio especial de “Manipuleo por registro” contenida en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. En este caso la actividad de “Manipuleo” tiene el mismo alcance; es decir, la acción de tomar la carga de un punto para ponerla en otro. Dado que estamos en un supuesto de inspección, se entiende que el manipuleo es respecto de la carga contenida en el contenedor y que su traslado o movimiento no es hacia una unidad de transporte sino hacia el patio, de manera que las autoridades puedan realizar la inspección de la carga retirada del contenedor. Dicha acción de retirar la carga del contenedor para ponerla en el patio en el marco de una inspección, se realiza o bien con montacargas, o bien con personal (cuadrillas).”
 - “(...) en el caso del servicio especial, el manipuleo por registro sigue las mismas reglas del manipuleo en general, que es tomar la carga de un punto para ponerla en otro sin alterar su forma, utilizando para ello una cuadrilla y/o montacargas.”

- “El Servicio Propuesto no comprende el retiro de la carga de un punto para colocarlo en otro (lo que sería retirar los pallets del contenedor y ponerlos a un costado del contenedor sin alterar el embalaje de dichos pallets); el Servicio Propuesto implica, el retiro del embalaje de manera adicional al movimiento de la carga. En el caso del retiro de zunchos (y también de papel film) y despaletizado implica la asignación de recursos adicionales (...).”
- “(...) tanto la actividad de despaletización, esto es, retirar los zunchos y láminas de plástico que aseguran la mercancía sobre el pallet, el retiro de la mercancía del pallet al lugar que indique el usuario o autoridad como efectuar el procedimiento inverso de paletización y enzunchado son actividades adicionales al movimiento de la carga de un punto a otro (manipuleo) y que, además, demandan recursos adicionales de APMTC tales como el uso de zunchos, grapas, enzunchadora y tenazas”.

Análisis del Regulador

30. En la Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión se define el término “Manipuleo” como la *“Acción de mover y colocar la carga desde el patio de almacenaje o desde la zona de muelle **encima de la unidad de transporte para que pueda ser transportada o viceversa**”*. De acuerdo con dicha cláusula, se observa que el manipuleo corresponde a una acción que implica la participación de una unidad de transporte y tiene como finalidad que la carga manipulada pueda ser transportada.
31. Considerando ello, debe advertirse que dicha definición de manipuleo coincide completamente con la actividad de manipuleo descrita en el alcance del Servicio Estándar a la carga en contenedores establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, la cual implica ***“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*”**.
32. Por otro lado, en el Anexo 5 del Contrato de Concesión que recoge la definición de los Servicios Especiales con Tarifa, se introducen los términos “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)”, indicando que los mismos comprenden el manipuleo de carga para su inspección o registro. Dichos servicios se definen de la siguiente manera:

“Anexo 5

(...)

OPERACIONES DE MANIPULEO DE CARGA			
Manipuleo por registro (Sin montacargas)	Manipuleo de la carga mediante uso de cuadrillas para su inspección.	Contenedor (20' y 40')	0.00
Manipuleo por registro (Con montacargas)	Manipuleo de la carga mediante el uso de montacargas sin límite de peso.	Contenedor (20' y 40')	0.00

(...)”

33. Sobre ello, la posición del Concesionario es que dichos términos deben entenderse a la luz de la definición de Manipuleo establecida en la Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión. Dicho entendimiento implicaría que el manipuleo por registro sería un caso especial del Manipuleo inmerso en el alcance del Servicio Estándar previsto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, lo cual resulta contradictorio con la diferencia establecida en el Contrato de Concesión respecto de los términos de manipuleo por registro y el Manipuleo que forma parte del Servicio Estándar.
34. Asimismo, resulta pertinente señalar que para el caso particular del Servicio Especial “Manipuleo por registro (sin montacargas)” está definido como una acción cuya finalidad es la “inspección de la carga” y no solo que la carga manipulada pueda ser transportada de un lugar a otro, tal como se desprende de la definición prevista en las Cláusulas 1.23.70 y 8.19 del Contrato de Concesión.

35. Considerando ello, queda claro que los términos “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con Montacargas)” definidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión están referidos exclusivamente a Servicios Especiales y, por lo tanto, no pueden entenderse como “Manipuleo” en los términos definidos en la Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión, dado que las actividades que comprende este último están enteramente contenidas en el Servicio Estándar en función a la carga.
36. A mayor abundamiento, la inclusión del término “Manipuleo” en la cláusula de definiciones del Contrato de Concesión fue recomendada en su oportunidad por el Ositrán, con la finalidad que se precisen los alcances del Servicio Estándar, no de los Servicios Especiales. Sobre el particular, en el numeral 107 del Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, “Informe de Opinión sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao”, este Regulador recomendó, entre otros aspectos, realizar la siguiente precisión: *“La cláusula 1.23, correspondiente a definiciones, debe incluir el significado de cada servicio que comprende el servicio estándar a la carga (tracción, manipuleo, trinka destrinka, etc.), para una mejor comprensión de los usuarios y mantener igual tratamiento que para el caso del servicio estándar a la nave (en este caso si se encuentran definidos los términos amarradero, amarre y desamarre)”*
37. En este contexto, a efectos de determinar si las actividades operativas que el Concesionario describe como parte del servicio de *Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado* se encuentran comprendidos dentro de los Servicios Especiales “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con Montacargas)”, se hizo la respectiva consulta a la APN, en su calidad de Autoridad Gubernamental competente en temas técnico-operativos del sector portuario, la cual fue formalizada mediante Oficio N° 032-2020-GG-OSITRAN.
38. En respuesta a dicha consulta, la referida entidad técnica especializada remitió su pronunciamiento, contenido en el Informe Técnico N° 0011-2020-APN-DOMA, en cuyo punto 3.1. indica lo siguiente:
- “Desde el punto de vista técnico-operativo, el servicio de “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” en contenedores, se pueden presentar en tres escenarios:*
- a) Por reconocimiento físico del contenedor, a requerimiento de la Autoridad Aduanera, al asignarle a la mercancía canal rojo.*
- b) Por control extraordinario a través de inspecciones inopinadas al contenedor, por parte de la Brigada de Operaciones Especiales de la SUNAT.*
- c) A solicitud de los usuarios, los mismos que demandan de inspecciones previas a su carga.”*
39. En el citado Informe Técnico, la APN señaló que las operaciones correspondientes a los tres escenarios del Servicio Propuesto de *“Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado”* forman parte del servicio especial de operaciones de manipuleo de carga establecidas en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. Asimismo, dicha entidad técnica especializada precisó que la inspección a la que se refiere los Servicios Especiales de manipuleo por registro implica *“una serie de actividades de manipuleo, que van desde el patio de contenedores donde se encuentra almacenada la carga hasta la abertura del embalaje de la mercancía y viceversa para su disposición, efectuando las acciones necesarias para que la mercancía retorne a su estado inicial en condiciones seguras y adecuadas para su transporte.”*
40. En tal sentido, las actividades de retiro de embalaje, retiro de zunchos, láminas de plástico y despaletizado, así como el procedimiento inverso que el Concesionario describe como actividades del Servicio Propuesto, ya se encuentran comprendidas dentro los Servicios Especiales “Manipuleo por registro (sin montacargas)” como el “Manipuleo por registro (con Montacargas)”, en la medida que, tal y como se indicó previamente, el manipuleo por registro que tiene como finalidad la inspección de la carga, incluye actividades adicionales para que la carga pueda ser efectivamente

inspeccionada y retorne a su estado inicial en condiciones adecuadas para su posterior transporte, no limitándose solamente al traslado de un punto a otro como incorrectamente afirma el Concesionario.

41. Por lo tanto, en línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, el Servicio Propuesto se encuentra incluido en el alcance de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” descritos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, por lo que los argumentos del Concesionario en este extremo carecen de sustento.

III.3.3. Sobre la competencia para determinar el alcance de un Servicio Especial

Argumento del Concesionario

42. APMTC argumenta que la APN no tiene competencia para intervenir en el procedimiento de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, toda vez que en dicha cláusula se indica que los únicos intervinientes en el procedimiento de evaluación de un Servicio Especial y/o servicio nuevo no previsto en el contrato son el Indecopi y el Ositrán. Asimismo, el Concesionario manifiesta que la APN no tiene competencia para establecer el contenido y determinar el alcance de actividades de una categoría (Servicios Especiales) que únicamente se encuentra definida en el Contrato de Concesión, en la medida que dicha determinación debe ser efectuada por Ositrán. Adicionalmente, mediante Escrito S/N del 03 de julio de 2020, señala que la intervención de la APN representa una vulneración del principio de legalidad, del principio de ejercicio legítimo del poder y del artículo 62 de la Constitución que garantiza la libertad contractual, al pretender dotar de contenido a una categoría exclusivamente contractual.

Análisis del Regulador

43. Sobre el particular, es pertinente señalar que en ningún extremo de la Resolución Impugnada o del Informe Conjunto que la sustenta, se afirma la competencia de la APN para determinar la calificación de la naturaleza del Servicio Propuesto por el Concesionario. En ese sentido, en virtud de lo previsto en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión resulta innegable que dicha competencia recae exclusivamente en el Ositrán.
44. No obstante, el reconocimiento de la competencia del Ositrán en la calificación de los Servicios prestados en el ámbito del Contrato de Concesión no implica que la decisión del Regulador deba ser tomada prescindiendo de los medios probatorios que considere indispensables para resolver el caso puesto a su conocimiento, ello no sería viable en aplicación del Principio de Verdad Material establecido el TUO LPAG, que exige a la administración adoptar todas las medidas probatorias necesarias para verificar plenamente los hechos⁶.
45. Por lo demás, es pertinente mencionar que la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, que interpretó los alcances de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión señaló que 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.⁷ Por tal motivo, para

⁶ “1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.”

⁷ “Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN
(...)”

Artículo Primero. - INTERPRETAR los alcances de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, en los siguientes términos: “La cláusula 8.19 establece una descripción general de la naturaleza y características de las actividades que conforman el Servicio Estándar, señalándose una lista de servicios meramente enunciativa.

entender el alcance de los Servicios Estándar y Especiales resulta necesario contar con información técnico operativa vinculada con su prestación.

46. En tal sentido, dado que el objeto de la solicitud del Concesionario era la determinación del Servicio Propuesto como un Servicio Especial en el marco del Contrato de Concesión, el Regulador consideró imperioso contar con la opinión técnica de la entidad competente en temas portuarios para que le brinde una opinión respecto del alcance técnico y operativo de los servicios portuarios que se brindan en el Terminal Portuario⁸.
47. El requerimiento de opinión solicitado por el Regulador a la APN se sustenta además en lo previsto en el artículo 177 del TUO LPAG, el cual señala expresamente que los hechos invocados por los administrados pueden ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, incluyéndose entre otros, la solicitud de informes o dictámenes de cualquier tipo⁹. De manera complementaria, el artículo 183 de la referida norma señala que las entidades solicitan informes en aquellos casos que se juzgue indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver.
48. Por su parte, el artículo 188 del TUO LPAG señala que en caso la actuación probatoria comprenda declaraciones, informes o peritajes, requeridos a autoridades públicas, estos no se encontrarán sujetos a confesión. De esta manera, la referida norma recoge expresamente la posibilidad de solicitar el aporte de medios probatorios a otras entidades.
49. La posibilidad de requerir documentación e informes entre entidades de la administración pública también se desprende de lo previsto en el artículo 87 del TUO LPAG, que regula la colaboración entre entidades. En dicho artículo se señala que las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello implique renuncia a la competencia propia señalada por la Ley. Dicha colaboración puede materializarse a través de la provisión de datos e información que posean, sea cual fuera su naturaleza jurídica o posición institucional, así como facilitar medios de prueba y brindar respuesta a las solicitudes de información.
50. Cabe señalar que la opinión brindada por la APN solamente constituyó un insumo para la toma de decisión por parte del Regulador. Por lo demás, no debe perderse de vista que en virtud de lo previsto en el artículo 182 del TUO LPAG, la opinión brindada por la mencionada entidad tiene el carácter de facultativo y no vinculante.
51. De otro lado, es importante mencionar que, en ejercicio de la referida facultad de requerir información u opiniones a otras entidades y con el fin de contar con mayores elementos de análisis que le permitan adoptar sus decisiones, anteriormente el Ositrán también ha solicitado información a otras entidades públicas en los siguientes casos de solicitud de clasificación de servicios presentados por APMTC:
 - Resolución de Consejo Directivo N° 017-2019-CD-OSITRAN, referida a la solicitud de clasificación del servicio “Suministro de equipos especiales para manipuleo de contenedores con puntos de izaje dañados”. En dicho

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el 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.”

⁸ Al respecto, es preciso mencionar que la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, señala que la APN es el organismo encargado del Sistema Portuario Nacional y cuenta con la facultad, entre otros, de establecer las normas técnico-operativas para el desarrollo y la prestación de las actividades y los servicios portuarios.

⁹ **“Artículo 177.- Medios de prueba**

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo

(...)”

pronunciamiento el Regulador realizó una consulta a la APN sobre el alcance del “Manual de Operaciones del Terminal de Contenedores de APMT Callao MAN 003. 29/09/2018. Versión 02”.

- Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-CD-OSITRAN, referida a la solicitud de clasificación del servicio “Rotura de precinto y/o apertura de contenedor sin manipuleo de carga”. En esta ocasión, el Regulador requirió una reunión con la Gerencia de Prevención de Contrabando y Operaciones Especiales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.
52. Por consiguiente, el requerimiento de opinión técnica a otras Entidades de ninguna manera significa el relevo o declinación de las competencias asignadas por Contrato al Ositrán, sino que por el contrario, constituyen elementos legalmente justificados para procurar la emisión de una decisión que se ajuste al marco contractual y al ordenamiento jurídico vigente. En ese sentido, el argumento del Concesionario en torno a que la participación de la APN contravendría el principio de legalidad o el ejercicio de legítimo poder, resulta infundado, toda vez que en el caso particular, la participación de la APN se limitó a brindar opinión técnica sobre temas de su competencia y en el marco del deber de colaboración entre entidades recogido en la LPAG.
53. Por otro lado, en lo que respecta al argumento de que la intervención de la APN vulneraría el artículo 62 de la Constitución que garantiza la libertad contractual¹⁰, debemos señalar que dicho argumento carece de sustento, debido a que el Concesionario no ha indicado de qué manera la opinión técnica de la APN, limitaría o restringiría el derecho del Concesionario a la libertad contractual, más aun teniendo en consideración que la opinión técnica brindada por la APN no tiene la calidad de acto administrativo ejecutable, sino que tiene carácter de opinión facultativa en virtud del artículo 182 del TUO LPAG.
54. En conclusión, los argumentos del Concesionario en el sentido que a través de la Resolución Impugnada se habría reconocido competencia de la APN para la determinación de la naturaleza del Servicio Propuesto y que se habrían vulnerado principios y disposiciones constitucionales resultan infundados, toda vez que, tal como ha sucedido en casos anteriores, el informe brindado por la APN solo constituyó un medio probatorio para la decisión del Regulador, la cual quedó claramente establecida en el artículo 1 de la Resolución Impugnada.

III.3.4. Sobre la motivación de la Resolución Impugnada

Argumento del Concesionario

55. En opinión de APMTC, la Resolución Impugnada y el informe que la sustenta carecen de motivación en el extremo que califica los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto dentro del alcance de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro contenidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. El Concesionario manifiesta que dicha decisión del Regulador está sustentada únicamente en el Informe Técnico de la APN, sin hacer, tanto la APN como el Ositrán, un análisis referido a la definición de “Manipuleo” contenida en el Contrato de Concesión.
56. En su Escrito S/N del 03 de julio de 2020, APMTC señala que la Resolución Impugnada carece de motivación y únicamente se sustenta en el Informe Técnico de la APN, respecto del cual se hace una simple referencia sin indicar por qué el Regulador está de acuerdo con dicho informe. Además, el Concesionario indica que el mencionado Informe Técnico de la APN carece de sustento para determinar que el Servicio Especial de

¹⁰ **Artículo 62.- Libertad de contratar**

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

“Manipuleo por Registro” comprende las actividades del servicio propuesto por APMTC dado que no se explicitan los motivos por los cuales el Concesionario tendría que incluir dentro de la definición de Manipuleo actividades tales como abertura de embalaje de la mercancía y viceversa, el retorno de las mercancías a su estado inicial en las condiciones seguras y adecuadas para su transporte.

Análisis del Regulador

57. Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo 6 del TUO LPAG señala que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, así como la exposición de las razones jurídicas que justifican el acto aprobado.
58. En el caso particular, las razones que sustentan la decisión de considerar los Escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto dentro del alcance de los Servicios Especiales de Manipuleo por Registro contenidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, se encuentran ampliamente desarrollados en los párrafos 49 al 54 y 57 del Informe Conjunto N° 00027-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) que sustenta la Resolución Impugnada. Asimismo, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, en el informe que sustenta la Resolución Impugnada no se realiza una simple referencia al Informe Técnico de la APN, sino que se señalan claramente las razones que sustentan la decisión del Regulador.
59. En los párrafos anteriormente señalados se hace mención al Informe Técnico de la APN, y acogiendo la opinión brindada por dicha entidad, se señala que el Servicio de Manipuleo por Registro previsto en el Anexo 5 del Contrato de Concesión implica el desarrollo de una serie de actividades de manipuleo, que incluyen entre otros, abrir el embalaje de la mercancía y viceversa con la finalidad que la mercancía retorne a su estado inicial en condiciones seguras y adecuadas para su transporte.
60. Por lo tanto, teniendo en consideración la opinión técnica brindada por la APN acerca de que el servicio portuario de Manipuleo por Registro no se limita al traslado de la carga de un punto a otro como afirma el Concesionario, sino que por el contrario, implica otras actividades vinculadas con la inspección de la carga, en los párrafos 52 y 53 del mencionado Informe Conjunto, este Regulador concluye que los escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto por el Concesionario no califican como un nuevo Servicio Especial, pues los mismos ya se encuentran previstos como actividades del Servicio Especial denominado Manipuleo por Registro del Anexo 5 del Contrato de Concesión.
61. Más aún, en el párrafo 57 del mencionado Informe Conjunto se señala expresamente que los escenarios 2, 3 y 4 del Servicio Propuesto se encuentran dentro de los alcances de los Servicios Especiales con Tarifa denominados “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” previstos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión.
62. Asimismo, como se demostró anteriormente en la sección III.3.2. del presente informe, queda claro que los términos “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con Montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión están referidos exclusivamente a Servicios Especiales y, por lo tanto, no pueden entenderse bajo el alcance de la definición del término “Manipuleo” prevista en la Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión, dado que las actividades que comprende este último están referidas única y exclusivamente al Servicio Estándar en función a la carga. Por tal motivo, no es correcta la afirmación del Concesionario de que la decisión del Regulador considere incluir dentro de la definición de “Manipuleo” actividades no previstas en la Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión; por el contrario, la decisión adoptada por el Ositrán estuvo destinada a identificar los alcances técnico operativos de los Servicios Especiales “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con

Montacargas)", concluyendo que dentro de estos Servicios se incluyen actividades destinadas a permitir que se lleve a cabo la inspección de las mercancías hasta el retorno a su estado inicial en condiciones seguras y adecuadas para su transporte.

63. En ese sentido, queda demostrado que la decisión del Ositrán se encuentra debidamente sustentada en los párrafos antes señalados del Informe Conjunto, a través de los cuales se analizan los hechos descritos por el Concesionario, los alcances de los servicios involucrados (Servicio Propuesto y del Servicio de Manipuleo por Registro), se contrastan con la realidad y se concluye en una decisión que se ampara en lo previsto en el propio Contrato de Concesión.
64. Por consiguiente, resulta infundado el argumento del Concesionario en el sentido que la decisión del Regulador carece de motivación.

IV. CONCLUSIONES

65. El Concesionario no ha presentado argumento alguno que contravenga la decisión del Regulador respecto a que el Servicio Propuesto, en sus escenarios 2, 3, y 4, ya se encuentran incluidos en el alcance de los Servicios Especiales de "Manipuleo por registro (sin montacargas)" y "Manipuleo por registro (con montacargas)" del Anexo 5 del Contrato de Concesión.
66. La Cláusula 1.23.70 del Contrato de Concesión define el término "Manipuleo" como una acción que implica la participación de una unidad de transporte y que tiene por finalidad que la carga pueda ser transportada; por lo que dicha definición se encuentra vinculada con el contenido del Servicio Estándar descrito en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. Por el contrario, los Servicios de Manipuleo por registro (sin montacargas)" y "Manipuleo por registro (con Montacargas)" definidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión tienen como finalidad la inspección de la carga e incluyen actividades adicionales para que esta pueda ser efectivamente inspeccionada y retorne a su estado inicial en condiciones adecuadas para su posterior transporte, incluyendo entre otros, el retiro de embalaje, retiro de zunchos, láminas de plástico y despaletizado, así como el procedimiento inverso que el Concesionario presenta como actividades del Servicio Propuesto.
67. La opinión técnica brindada por la APN solamente constituyó un insumo o medio probatorio para la toma de decisión por parte del Regulador. El requerimiento de dicha opinión tiene sustento en el Principio de Verdad Material, así como en lo dispuesto por los artículos 177, 182 y 188 del TUO LPAG. Adicionalmente, el requerimiento de opinión se consideró necesario en virtud de que la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN que interpretó que los Servicios Estándar y Especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio. Por lo demás, la inclusión de la opinión técnica brindada por la APN como uno de los sustentos de la decisión del Regulador, no supone una vulneración de los principios de legalidad o ejercicio legítimo del poder, ni mucho menos una contravención al artículo 62 de la Constitución.
68. La decisión del Ositrán contenida en la Resolución Impugnada se encuentra debidamente sustentada en los párrafos 49 al 54 y 57 del Informe Conjunto N° 00027-2020-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), a través de los cuales se analizan los hechos descritos por el Concesionario, los alcances del Servicio Propuesto y del Servicio de Manipuleo por Registro y se concluye con una decisión que se ampara en lo previsto en el propio Contrato de Concesión.

V. RECOMENDACIÓN

69. Se recomienda declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2020-CD-OSITRAN, que declaró que el servicio “Despaletización/paletización y retiro de zunchos de mercancías/enzunchado” califica en sus escenarios 2, 3, y 4, como parte de los Servicios Especiales de “Manipuleo por registro (sin montacargas)” y “Manipuleo por registro (con montacargas)” del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JOHN VEGA VÁSQUEZ

Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI

Gerente de Asesoría Jurídica

Número de Trámite: 2020044247