



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Verónica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/12/2021
14:25:38 -0500

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 0064-2021-CD-OSITRAN

Lima, 20 de diciembre de 2021

VISTOS:

Los Recursos de Reconsideración presentados por DP World Callao S.R.L. y Peruquimicos S.A.C. en contra de la Resolución de Consejo Directivo Nº 038-2011-CD-OSITRAN y el Informe Conjunto Nº 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), de fecha 26 de noviembre de 2021, y el Informe Conjunto Nº 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), de fecha 16 de diciembre de 2021, emitidos por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán; y,

CONSIDERANDOS:

Que, con fecha 24 de julio de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC o el Concedente) en representación del Estado Peruano, suscribió con DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC) el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, mediante Oficio Nº 112-2010/P, recibido el 05 de octubre de 2010, el Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Internacional (en adelante, Conudfi) hizo de conocimiento al Ositrán la existencia de cobros adicionales efectuados por DPWC, que en su consideración forman parte del Servicio Estándar, como son la transmisión de tarja, verificación de precintos y pesaje, puesto que sería imposible prestar el Servicio Estándar sin cumplir con dichas exigencias aduaneras, ello en virtud de lo establecido en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, por lo que no correspondería convertirlas en un servicio especial;

Que, por medio de la Resolución de Consejo Directivo Nº 003-2011-CD-OSITRAN, de fecha 08 de febrero de 2011, el Consejo Directivo del Ositrán resolvió disponer el inicio de interpretación de oficio de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión;

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo Nº 038-2011-CD-OSITRAN, de fecha 26 de setiembre de 2011, el Consejo Directivo del Ositrán interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión en los siguientes términos:

"De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio o aduanero en sus definiciones.

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera, después de la suscripción del mencionado contrato de concesión, se realizan dentro del terminal una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados a la salida del terminal (incluidos en el denominado "Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor") [segunda verificación] no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, constituyéndose en un Servicio Especial."

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/12/2021 07:17:08 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/12/2021 05:21:40 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/12/2021 00:03:15 -0500

Que, mediante el Oficio N° 060-11-GRE-OSITRAN, notificado el 07 de octubre de 2011, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo Directivo N° 1402-398-11-CD-OSITRAN citado anteriormente, la entonces Gerencia de Regulación solicitó al Indecopi, la investigación de las condiciones de competencia del Servicio Adicional prestado por DPWC;

Que, con fecha 20 de octubre de 2011, a través del Escrito S/N, DPWC interpuso Recurso de Reconsideración Parcial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, en el extremo referido a que corresponde solicitar al Indecopi analizar las condiciones de competencia del Servicio Adicional, solicitando además se le conceda el uso de la palabra;

Que, con fecha 25 de octubre de 2011, mediante la Carta N° PQ 427/11, Peruquimicos S.A.C. interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN;

Que, a través del Oficio Circular N° 020-11-GRE-OSITRAN, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado del recurso impugnativo de reconsideración parcial interpuesto por DPWC contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN a los apersonados¹ al procedimiento de interpretación contractual, a efectos de que dentro del plazo de 15 días útiles manifiesten su posición sobre el particular;

Que, mediante Oficio Circular N° 021-11-GRE-OSITRAN, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado del recurso impugnativo de reconsideración interpuesto por Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN a los apersonados² al procedimiento de interpretación contractual, a efectos de que dentro del plazo de 15 días útiles manifiesten su posición al respecto;

Que, a través del Oficio N° 065-11-GRE-OSITRAN notificado el 21 de noviembre de 2011, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado a DPWC del recurso impugnativo interpuesto por Peruquimicos, a efectos de que dentro del plazo de quince (15) días útiles manifieste su posición de considerarlo pertinente;

Que, por medio de los Escritos S/N recibidos el 21 de noviembre de 2011, Conudfi, Peruquimicos, Puryquímica S.A.C. y Desarrollos Químicos Modernos S.A. remitieron su posición respecto al recurso de reconsideración interpuesto por DPWC;

Que, mediante Escrito S/N recibido el 13 de diciembre de 2011, DPWC remitió su posición respecto al recurso de reconsideración interpuesto por Peruquimicos, solicitando al Consejo Directivo del Ositrán que declare improcedente y/o infundado dicho recurso;

Que, con fecha 06 de febrero de 2012, a través del Oficio N° 209-2012-MTC/15, el MTC remitió copia del Oficio N° 1172-2011-APN-GG de fecha 19 de diciembre de 2011, el cual adjuntó el Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ de fecha 13 de diciembre de 2011, en donde la APN emite opinión respecto a los recursos presentados por DPWC y Peruquimicos;

¹ El Oficio Circular N° 020-11-GRE-OSITRAN fue notificado el 27 de octubre de 2011 a Químicos Goicochea S.A.C., Representaciones y Distribuciones IVER S.A.; el 28 de octubre de 2011 al MTC, Conudfi, Rudolf Reimsac S.A.C., Tenminste S.A.C., Duquímica S.A., Química Anders S.A.C., Puryquímica S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A., Vicco S.A., y a Quimex S.A.; y el 02 de noviembre de 2011 a Peruquimicos.

² El Oficio Circular N° 021-11-GRE-OSITRAN fue notificado el 04 de noviembre de 2011 a Rudolf Reimsac, Representaciones y Distribuciones IVER S.A., Tenminste S.A.C., Duquímica S.A.C. y al MTC; el 05 de noviembre de 2011 a Química Anders S.A.C., Puryquímica S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A. y Vicco S.A.; el 06 de noviembre de 2011 a Quimexsa; y el 07 de noviembre de 2011 al Conudfi.

Que, con fecha 15 de mayo del 2012, mediante Oficio N° 954-2012-MTC/25³, el MTC remitió el Oficio N° 364-2012-APN/UJ de fecha 05 de marzo de 2012 que adjunta el Informe Técnico Legal N° 006-2012-APN/DIPLA/UJ de fecha 29 de febrero de 2012, a través del cual la APN emitió opinión técnico-legal⁴ respecto a los recursos de reconsideración interpuestos por DPWC y Peruquimicos;

Que, con fecha 13 de mayo de 2013, el Indecopi notificó al Ositrán la Carta N° 282.2013/PRE-INDECOPI adjuntando el Informe N° 013-2012/ST-CLC-INDECOPI, concluyendo que en la prestación del Servicio Adicional no existen condiciones de competencia;

Que, mediante el Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán, analizaron los argumentos esgrimidos por DPWC y Peruquimicos en sus respectivos recursos;

Que, en la Sesión Ordinaria N° 746-2021-CD-OSITRAN del 22 de setiembre de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso que la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos complementen el Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) a fin de que se justifique la oportunidad de la presentación de la propuesta de Resolución de los referidos recursos;

Que, en atención a dicho pedido, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitieron el Informe Conjunto N° 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), concluyendo lo siguiente:

“IV. CONCLUSIONES

1. Toda autoridad administrativa, y en el caso específico el Ositrán, se encuentra obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, salvo el asunto haya sido puesto en conocimiento de sede jurisdiccional. El mencionado deber de la Administración se deriva del derecho de petición administrativa que se encuentra consagrado en nuestra Constitución. Por tanto, es una obligación de este Organismo Regulador resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.”

Que, en la Sesión Ordinaria N° 754-2021-CD-OSITRAN que se inició el 15 de diciembre de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso que la GAJ y la GRE efectúen modificaciones al Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) y al proyecto de Resolución de Consejo Directivo que se adjuntó al mismo;

Que, en atención al referido pedido, la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitieron el Informe Conjunto N° 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), concluyendo lo siguiente:

“IV. CONCLUSIONES

1. Toda autoridad administrativa se encuentra obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, siempre y cuando dichos asuntos no se encuentren en sede jurisdiccional, por lo que es deber del Ositrán resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.

³ Se adjuntó el Oficio N° 238-2012-MTC/25 de fecha 07 de febrero del 2012, mediante el cual el MTC solicitó a la APN que remita un informe técnico en relación con los Servicios Especiales en cuestión, considerando que la opinión anterior (Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ) se sustenta sólo en un informe legal.

⁴ Conforme a lo indicado por el MTC en el Oficio N° 954-2012-MTC/25, dicha opinión de la APN sustituye a aquella comunicada mediante Oficio N° 209-2012-MTC/15, que contiene el Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ.

2. *El procedimiento de interpretación en cuestión versa únicamente sobre los alcances del Servicio Estándar en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.*
3. *De la revisión del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN como de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN se verifica que las conclusiones del mencionado Informe y lo resuelto por de dicha Resolución no son congruentes con la clara línea de razonamiento seguido en el que se determina que las actividades de pesaje y verificación de precinto que se efectúan en la puerta de la salida del terminal portuario están incluidas en la tarifa del Servicio Estándar, por lo que se aplica el artículo 14 del TUO de la LPAG, correspondiendo la conservación del acto administrativo, lo cual va en línea con lo indicado en los Memorandos N° 1543-2017 y 1213-2021-GSF-OSITRAN. Teniendo en cuenta ello, la evaluación de los recursos impugnativos planteados por DPWC y Peruquimicos se analizaron bajo este enfoque.*
4. *La Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN ha sido objeto de impugnaciones por parte de DPWC y Peruquimicos, las cuales dentro de sus argumentos para sustentar las mismas incorporan criterios regulatorios, así como, normativa aduanera, razón por la cual, al cuestionar los extremos antes referidos los mismos no han quedado firmes y, por lo que, en aras de garantizar el derecho de defensa de los recurrentes, corresponden ser revisadas en la presente etapa.*
5. *Con relación al argumento formulado por Peruquimicos relativo a que la obligación aduanera de transmitir la nota de tarja -por la cual se realiza el Servicio Adicional- corresponde ser asumida por el Concesionario, es preciso indicar que, conforme a la evaluación de la normativa aduanera realizada en el presente Informe, la obligación de efectuar la transmisión de la nota de tarja a la descarga de la mercancía no corresponde sea cumplida por el Concesionario, sino más bien por el transportista que realiza el transporte marítimo internacional de la carga. Por tanto, lo argumentado por el recurrente en este extremo debe ser desestimado.*
6. *Respecto al argumento de Peruquimicos relativo a que la Sunat determinó que la prestación del Servicio Adicional es necesaria para llevar a cabo el despacho aduanero de mercancías (Procedimiento General – Importación para Consumo INTA-PG.01-A), es preciso señalar que, independientemente de la modalidad aduanera de despacho que elijan los Usuarios del Terminal Muelle Sur, la obligación de transmitir la nota de tarja a la descarga de la mercancía, en el que se consigna la información del peso y precintos, es del transportista, de manera que carece de asidero lo arguido por el recurrente.*
7. *Con relación al argumento de Peruquimicos respecto de que la prestación del Servicio Especial debe estar precedida por la solicitud del Usuario, debe indicarse que, en efecto, de acuerdo con la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión, para la prestación de un servicio especial previamente el Usuario debe solicitarlo al Concesionario. No obstante, la omisión de una solicitud expresa por parte del Usuario no implica que el Servicio Adicional califique como parte del Servicio Estándar, puesto que, el Servicio Adicional deviene de una obligación aduanera para el transportista (línea naviera o su representante). Sin perjuicio de ello, el Concesionario deberá implementar un mecanismo que deje constancia que los usuarios solicitan el Servicio Adicional.*
8. *Respecto a la solicitud de nulidad total planteada por Peruquimicos en su escrito de fecha 21 de noviembre de 2011 corresponde que se declare improcedente en aplicación del numeral 11.1 del artículo 11 y el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG.*
9. *En cuanto al argumento del Concesionario referente la solicitud de nulidad parcial de la Resolución Impugnada referido a la intervención del Indecopi para determinar si existen condiciones de competencia en la prestación del Servicio Adicional, es necesario señalar que, que en el presente caso dicho Servicio Adicional no se encuentra regulado. Asimismo, considerando que el presente procedimiento administrativo no tiene por objeto determinar vía interpretación si es factible someter a regulación tarifaria servicios especiales, con la emisión de la Resolución Impugnada no se ha producido una afectación a la esfera jurídica de DPWC. Por tanto, corresponde se declare improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, careciendo de sentido emitir pronunciamiento por sus demás argumentos planteados.*

10. Corresponde enmendar el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN referido a los términos de la interpretación de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, quedando con la siguiente redacción:

“(…)

De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, 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.**

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera, después de la suscripción del mencionado contrato de concesión, se realizan dentro del terminal una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan **a la salida del terminal** son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados **al costado de la nave** (incluidos en el denominado “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor”) no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, **siendo que los mismos se efectúan por exigencias de la normativa aduanera que corresponde ser asumida por un agente distinto al Concesionario,** constituyéndose en un Servicio Especial.

(…)”

(Lo subrayado y en negrita es lo modificado)”

Que, luego de evaluar y deliberar respecto del caso materia de análisis, el Consejo Directivo del Ositrán manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de los Informes de Vistos, constituyéndolos 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 sus modificatorias, y sobre la base de los Informes Conjuntos N° 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) y N° 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE); estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 754-2021-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Acumular los procedimientos derivados de los Recursos de Reconsideración presentado por DP World Callao S.R.L. y Peruquimicos S.A.C. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por Peruquimicos S.A.C., contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- Declarar improcedente el Recurso de Reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4°.- Declarar improcedente la solicitud de declaración de nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN presentada por Peruquimicos S.A.C. mediante su escrito de fecha 21 de noviembre de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 5°.- Conservar el acto administrativo contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN de fecha 26 de setiembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que corresponde enmendar dicha resolución conforme a lo indicado Informe Conjunto N° 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE).

Artículo 6°.- Notificar la presente Resolución y los Informes Conjuntos N° 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) y N° 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) que lo sustentan, a DP World Callao S.R.L., Peruquimicos S.A.C. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 7°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; asimismo, disponer su difusión y la de los Informes Conjuntos N° 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) y N° 00165-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), en el portal institucional del Ositrán (www.gob.pe/ositrán).

Artículo 8°.- Disponer el inicio de las acciones necesarias para la determinación de las responsabilidades administrativas a que hubiera lugar en el presente caso.

Regístrese, comuníquese y publíquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO

Presidente del Consejo Directivo

NT: 2021118111

INFORME CONJUNTO N° 00150-2021-IC-OSITRAN
(GAJ-GRE)

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021
12:47:37 -0500

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021
13:47:34 -0500

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

De : **HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**
Gerente de Asesoría Jurídica

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Asunto : Solicitud formulada por el Consejo Directivo del Ositrán respecto a la justificación de la oportunidad de la presentación de la propuesta de resolución de los recursos impugnativos interpuestos por DP World Callao S.R.L. y Peruquimicos S.A.C. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038- 2011-CD-OSITRAN que resolvió interpretar la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Referencia : Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE)

Fecha : 26 de noviembre de 2021

I. OBJETO

1. El objeto del presente informe es emitir opinión respecto a lo solicitado por el Consejo Directivo en la Sesión Ordinaria N° 746-2021-CD-OSITRAN del 22 de setiembre de 2021, concerniente a la justificación de la oportunidad de la presentación de la propuesta de resolución de los recursos impugnativos interpuestos por DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC) y Peruquimicos S.A.C. (en adelante, Peruquimicos) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038- 2011-CD-OSITRAN que resolvió interpretar la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, de fecha 26 de setiembre de 2011, el Consejo Directivo del Ositrán interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur referidas a los alcances del Servicio Estándar.
3. Con fecha 20 de octubre de 2011, a través del Escrito S/N, DPWC interpuso Recurso de Reconsideración Parcial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.
4. Con fecha 25 de octubre de 2011, mediante la Carta N° PQ 427/11, Peruquimicos S.A.C. interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.
5. Mediante Memorando Circular N° 030-2020-GG-OSITRAN de fecha 04 de marzo de 2020, la Gerencia General solicitó a la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, la GAJ) y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (en adelante, la GRE) informar sobre el estado actual y la fecha de remisión del informe relativo al recurso de reconsideración interpuesto por Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, ello consecuencia de lo informado por la Secretaría Técnica de los Tribunales mediante el Informe N° 004-2020-STO-OSITRAN. Dicha solicitud fue atendido mediante Memorando N° 0015-2020-MC-OSITRAN (GRE-GAJ), de fecha 13 de marzo de 2020,

Visado por: CALDAS CABRERA
Daysi Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021 12:53:02 -0500

Visado por: MUÑOZ RUIZ Gloria
Viviana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021 12:28:52 -0500

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021 12:24:21 -0500

Visado por: ARROYO TOCOTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021 12:22:30 -0500

Visado por: MORA MUÑANTE Cesar
Ernesto FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/11/2021 12:17:50 -0500

indicando que, sujeto a contar con elementos de juicio necesarios que permitan emitir opinión respecto a los referidos recursos, se remitiría el mencionado informe el 30 de junio de 2020.

6. Mediante Memorando Conjunto N° 0054-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 28 de junio de 2021, se solicitó a la Gerencia General la aprobación del cronograma de trabajo actualizado en el que indica que se ampliaría en diez (10) días hábiles para remitir el informe de reconsideración, siendo atendido por la Gerencia General a través del proveído del Sistema de Gestión Documental de fecha 30 de junio de 2021.
7. Con Memorando N° 108-2021-STO-OSITRAN de fecha 23 de agosto de 2021, la Secretaría Técnica de los Tribunales reiteró a la Gerencia General que se debe proceder con el pronunciamiento del recurso de reconsideración planteado contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, a efectos de que el Tribunal pueda levantar la suspensión de los Expedientes de reclamos N° 017 y 19-2011-TSC-OSITRAN y emitir el pronunciamiento respectivo.
8. Mediante Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) de fecha 10 de septiembre de 2021, la GAJ y la GRE emitieron opinión sobre los recursos impugnativos interpuestos por DPWC y Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, recomendando su elevación al Consejo Directivo.
9. En la Sesión Ordinaria N° 746-2021-CD-OSITRAN del 22 de setiembre de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso devolver el Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) a fin de que la GAJ y la GRE lo complementen en lo referido a la justificación de la oportunidad de la presentación de la propuesta de Resolución de los referidos recursos. En ese marco, las gerencias realizaron las acciones correspondientes para dar cumplimiento a dicho pedido. Posteriormente, con Memorando N° 079-2021-PD-OSITRAN del 21 de octubre de 2021, se solicitó a la GAJ y GRE que se efectúen acciones adicionales a las anteriormente indicadas.

III. ANÁLISIS

10. En primer término, es preciso indicar que en el Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) de fecha 10 de septiembre de 2021, se detallan los actos de tramitación llevados a cabo por el Ositrán durante la evaluación de los recursos impugnativos interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN. En la sección de antecedentes de dicho informe se hace mención a las actuaciones llevadas a cabo durante los años 2012, 2013, 2017, 2020 y 2021.
11. Asimismo, debemos señalar que, mediante Memorando Circular N° 030-2020-GG-OSITRAN de fecha 04 de marzo de 2020, la Gerencia General solicitó a la GAJ y a la GRE informar sobre el estado actual y la fecha de remisión del informe¹ relativo al recurso de reconsideración interpuesto por Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN. Cabe indicar que, en el referido Memorando, se mencionó que lo solicitado se efectuaba como consecuencia de lo informado por la Secretaría Técnica de los Tribunales mediante el Informe N° 004-2020-STO-OSITRAN, en el que se señaló la existencia de casos que se encuentran suspendidos por decisión del Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos a la espera que el Consejo Directivo se pronuncie respecto de la impugnación interpuesta contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.
12. Ahora bien, conforme se desprende de los antecedentes antes mencionados, la Resolución de Consejo Directivo N° 038- 2011-CD-OSITRAN de fecha 26 de septiembre de 2011, emitida por el Consejo Directivo del Ositrán fue objeto de impugnación por parte

¹ A través de los Memorandos Conjunto N° 0015-2020-MC-OSITRAN (GRE-GAJ), de fecha 13 de marzo de 2020 y N° 0054-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 28 de junio de 2021, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitaron a la Gerencia General la aprobación de un cronograma y la posterior ampliación de plazos con la finalidad de poder reunir los elementos necesarios para elaborar el informe correspondiente.

de DPWC y Peruquimicos con fechas 20 y 25 de octubre, respectivamente. A pesar del tiempo transcurrido, dichos recursos impugnativos no han sido objeto de pronunciamiento por parte del Ositrán.

13. Sobre el particular, en la iniciación de los procedimientos administrativos, tanto a instancia de parte como de oficio, los mismos conllevan un **deber** de dictar resolución expresa por parte de las respectivas autoridades administrativas que conducen el procedimiento, tal como lo regula el artículo 86 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, (en adelante, TUO de la LPAG):

“Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

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

(...)

6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.

(...)”

14. Sobre ello, Morón Urbina señala que “(...) los deberes son las **tareas obligatorias impuestas por las normas a cada entidad o a sus agentes**, dirigidas a cumplir las atribuciones que le son inherentes.”² (Subrayado y énfasis agregados)
15. Por otra parte, el numeral 1 del artículo VIII del TUO de la LPAG establece que “Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad (...)”.
16. En esa misma línea, Morón Urbina indica que “**Los agentes necesariamente deben emitir pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, sin poder dejar de decidirlo por ningún motivo** (...)”. No se cumple este deber con el simple acuse de recibo, con las informaciones intermedias de los trámites seguidos por el expediente, sino con la decisión de fondo desestimando o estimando la petición administrativa. El fundamento de este deber lo encontramos en la necesidad absoluta de respetar el derecho ciudadano a la petición. Como bien expresa CAJARVILLE, el peticionario y el recurrente son titulares de un interés legítimo sobre lo que piden, cualquiera que sea la situación jurídica que los legitimen y, a la vez, son titulares de un derecho subjetivo a la resolución de su causa, configurado con ello la tutela jurídica efectiva. (...)”³. (Subrayado y énfasis agregados)
17. De otra parte, en cuanto a los efectos del silencio administrativo, en los procedimientos recursivos regirá el silencio administrativo negativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 225 del TUO de la LPAG⁴.

² COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL TOMO I. Juan Carlos Morón Urbina. Gaceta Jurídica S.A. Décima cuarta edición abril 2019, p. 559.

³ Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley 27444. Tomo I. Gaceta Jurídica, 2017, pp. 537-538.

⁴ **“Artículo 225.- Silencio administrativo en materia de recursos**

El silencio administrativo en materia de recursos se regirá por lo dispuesto por el artículo 38 y el numeral 2) del párrafo 35.1 del artículo 35.”

En cuanto al numeral 2) del párrafo 35.1 del artículo 35 y el artículo 38 del TUO de la LPAG, los mismos regulan lo siguiente:

“Artículo 35.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo

35.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos: (...)

2.- Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo. (...)

18. De acuerdo con lo anterior, aun cuando opere el silencio negativo, la autoridad administrativa mantiene la obligación de resolver, siendo que dicha obligación fenece con la notificación de que el asunto sobre el cual el órgano resolutor permaneció silente ha sido sometido a conocimiento jurisdiccional o el administrado haya interpuesto los recursos respectivos:

“Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo

(...)

199.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

(...)”

19. En ese mismo sentido, Guzmán Naupari señala lo siguiente:

“La autoridad administrativa, como se ha señalado, posee el deber de resolver sobre el asunto que ha sido sometido a su conocimiento. Como resultado, en primer lugar, el funcionario administrativo no puede dejar de resolver aun cuando exista vacío o deficiencia de la Ley, debiendo emplear en todo caso los principios generales del derecho administrativo. Por otro lado, el silencio administrativo, sea positivo o negativo, resulta ser una garantía a favor del administrado y nunca un mecanismo que exima a la Administración del cumplimiento de sus responsabilidades, cuyo incumplimiento generaría las sanciones respectivas. El administrado, entonces, tiene la potestad de esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa. Asimismo, debemos considerar que este deber es resultado de la puesta en práctica del derecho de petición administrativa, al margen que el resulta de (SIC) sea favorable al administrado o no. Finalmente, el deber que estamos describiendo es aplicable salvo en los procedimientos de aprobación automática, en los cuales no se requiere resolución explícita por parte del órgano administrativo. Como correlato, sin embargo, el funcionario administrativo debe actuar en consideración de la obtención del derecho por parte del particular una vez obtenida la aprobación automática.”⁵

(Subrayado y énfasis agregados)

20. Por otro lado, el derecho de los administrados a recibir una respuesta por escrito de la Autoridad Competente ante cualquier petición que realicen constituye un derecho constitucional recogido en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁶. En torno al derecho de petición de los administrados, a través de las sentencias recaídas en los Expedientes N° 02589-2017-PA/TC y N° 01420-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

EXP. N° 02589-2017-PA/TC

“3. El inciso 20 del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito y ante autoridad competente, la que, a su vez, está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. En este caso, el derecho que consagra la norma

Artículo 38.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

38.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

(...)”

⁵ MANUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Christian Guzmán Napurí. Instituto Pacífico S.A.C. Primera Edición. Junio 2013, p. 182.

⁶ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

*constitucional citada es la facultad que tiene cualquier persona de formular una petición o solicitud con el propósito de iniciar un procedimiento, **cuestionar actos administrativos**, solicitar información, formular consultas ante la autoridad competente, sin que ello implique, de modo alguno, la obligación por parte de la Administración de emitir una respuesta favorable o positiva a lo petitionado.”*

(Subrayado y énfasis agregados)

EXP. N° 01420-2009-PA/TC

“Derecho a la petición

(...)

9. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo petitionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.”

(Subrayado y énfasis agregados)

21. Considerando lo antes expuesto, es posible colegir que, toda autoridad administrativa se encuentra obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, salvo que el hecho haya sido sometido a conocimiento jurisdiccional. Dicho silencio constituye una garantía a favor del administrado y nunca un mecanismo que libere a la Administración del cumplimiento de su obligación de emitir el respectivo pronunciamiento.
22. Cabe precisar que, mediante correo electrónico de fecha 14 de julio de 2021, la GAJ solicitó a la Procuraduría Pública que informe si la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN se encuentra o se ha encontrado inmersa en algún proceso judicial. Dicho requerimiento fue atendido por la Procuraduría Pública a través del correo electrónico de fecha 15 de julio de 2021, en el que se informó que este Regulador no ha sido notificado respecto del inicio de un proceso judicial mediante el cual se cuestione la Resolución de Consejo Directivo N° 038- 2011-CD-OSITRAN.
23. Por lo demás, el deber de resolver de la Administración es resultado de la puesta en práctica del derecho de petición administrativa que se encuentra consagrado en nuestra Constitución.
24. Por consiguiente, a pesar del tiempo transcurrido constituye una obligación de este Organismo Regulador resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.

IV. CONCLUSIONES

1. Toda autoridad administrativa, y en el caso específico el Ositrán, se encuentra obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, salvo el asunto haya sido puesto en conocimiento de sede jurisdiccional. El mencionado deber de la Administración se deriva del derecho de petición administrativa que se encuentra consagrado en nuestra Constitución. Por tanto, es una obligación de este Organismo Regulador resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.

V. RECOMENDACIÓN

1. Se recomienda remitir el presente Informe al Consejo Directivo, para los fines pertinentes.

Atentamente,

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

NT: 2021108307

INFORME CONJUNTO N° 00165-2021-IC-OSITRAN
(GAJ-GRE)

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

Cc : **MARÍA TESSY TORRES SÁNCHEZ**
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

De : **HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**
Gerente de Asesoría Jurídica

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/12/2021
22:33:11 -0500

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/12/2021
12:09:51 -0500

Asunto : Recursos de reconsideración interpuestos por DP World Callao S.R.L. y Peruquimicos S.A.C. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN que resolvió interpretar la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Referencias : a) Escrito s/n recibido el 20.10.2011 (Hoja de Trámite N° 23223)
b) Escrito N° PQ 427/11 recibido el 25.10.2011 (Hoja de Trámite N° 23577)
c) Memorando Circular N° 030-2020-GG-OSITRAN del 04.03.2020

Fecha : 16 de diciembre de 2021

I. OBJETIVO

1. El presente informe tiene por objeto emitir opinión sobre los Recursos de Reconsideración presentados por el Concesionario DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario) y Peruquimicos S.A.C. (en adelante, Peruquimicos), contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN que resolvió interpretar la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur referidas a los alcances del Servicio Estándar (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN o Resolución Impugnada).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de julio de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC o el Concedente) en representación del Estado Peruano, suscribió con DPWC el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Oficio N° 112-2010/P, recibido el 05 de octubre de 2010, el Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Internacional (en adelante, Conudfi) hizo de conocimiento a Ositrán la existencia de cobros adicionales efectuados por DPW, que en su consideración forman parte del Servicio Estándar, como son la transmisión de tarja, verificación de precintos y pesaje, puesto que sería imposible prestar el Servicio Estándar sin cumplir con dichas exigencias aduaneras, ello en virtud de lo establecido en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, por lo que no corresponde convertirlas en un servicio especial.
4. A través del Oficio N° GG.DPWC.236.10, recibido el 10 de noviembre de 2010, DPWC señaló que, por exigencia de la Autoridad Aduanera, se debe realizar un proceso de verificación adicional (pesaje y precintos) dentro de la descarga, hecho que no forma parte

Visado por: DAGA LAZARO Roberto
Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/12/2021 12:40:49 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daysi Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/12/2021 12:16:07 -0500

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/12/2021 10:59:52 -0500

Visado por: MUÑOZ RUIZ Gloria
Viviana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/12/2021 22:58:19 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/12/2021 22:33:39 -0500

del proceso natural de desembarque del contenedor; asimismo, indicó que el concepto de gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar tiene que entenderse como una actividad que forma parte del flujo natural del proceso de embarque o desembarque de contenedores.

5. Por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-CD-OSITRAN, de fecha 08 de febrero de 2011, el Consejo Directivo del Ositrán resolvió disponer el inicio de interpretación de oficio de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.
6. Mediante el Oficio N° 499-2011-MTC/25 recibido el 07 de marzo de 2011, el MTC remitió el Informe Legal N° 273-2011-APN/UAJ de fecha 04 de marzo de 2011, a través del cual la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) emitió opinión legal respecto al procedimiento de interpretación, concluyendo lo siguiente:

- Las actividades y/o servicios correspondientes a la transmisión de la tarja y verificación de precintos no se encuentran previstos en el Contrato de Concesión como parte del Servicio Estándar, sino que constituyen una imposición de la autoridad aduanera, la cual es ajena al Concesionario y al Concedente; por el contrario, dichas actividades y/o servicios que indica el Conudfi constituirían un servicio especial, por lo que el Concesionario tendría derecho al cobro de un precio.

7. En atención al requerimiento efectuado por la Gerencia de Regulación (hoy Gerencia de Regulación y Estudios Económicos) del Ositrán a través del Oficio N° 017-11-GRE-OSITRAN, el MTC por intermedio del Oficio N° 566-2011-MTC/25 recibido el 15 de marzo de 2011 remitió el Informe N° 213-2011-APN/DOMA de fecha 03 de marzo de 2011, mediante el cual la Dirección de Operación y Medio Ambiente de la APN emitió opinión técnica sobre el procedimiento de interpretación contractual, concluyendo, entre otros, lo siguiente:

- La Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión en su primer párrafo establece de manera general y ambigua los alcances del Servicio Estándar, no obstante en los párrafos posteriores se detalla de manera específica que es y lo que abarca el Servicio Estándar, tanto a la nave como a la carga, así como qué tipo de servicios califican como un servicio especial.
- Los cobros por transmisión de tarja, verificación de precintos y pesaje son exigencias de la autoridad aduanera que no corresponden al Terminal, por lo cual no están comprendidos dentro de los servicios estándar que el terminal está obligado a brindar a todo usuario, correspondiendo en el caso en cuestión a un servicio especial, de conformidad a lo especificado en el Contrato de Concesión con cargo al usuario.

8. Por medio del Acta de Visita Inspectiva de fecha 12 de mayo 2011, se dejó constancia de la visita inspectiva al Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao (en adelante, TMS) realizada por parte de funcionarios del Ositrán en el marco del procedimiento de interpretación, donde se verificó lo siguiente:

*"Al respecto, debemos precisar que las actividades de pesaje y verificación de precintos, entre otros, se encuentran incluidos como parte del servicio de verificación adicional de datos, lo que permite la elaboración de la nota de tarja. Asimismo, DP World Callao precisó que las **segundas actividades de pesaje y de verificación de precintos son las únicas que forman parte del denominado Servicio Estándar, razón por la cual las primeras actividades de pesaje y verificación de precintos son consideradas Servicios Especiales.** (...)"*

(Subrayado y resaltado agregados)

9. Mediante Oficio N° 1076-2011-MTC/25 recibido el 23 de mayo de 2011, el MTC remitió el Informe N° 473-2011-APN/AUJ-DIPLA de fecha 19 de mayo de 2011, por medio del cual la Dirección de Planeamiento y Estudios Económicos, Dirección de Operación y Medio

Ambiente y la Unidad de Asesoría Jurídica de la APN, a manera de complemento, emitieron una nueva opinión del procedimiento de interpretación contractual, concluyendo, entre otros, lo siguiente:

- El MTC y la APN no ostentan la calidad de reclamante o reclamado en el procedimiento de interpretación iniciado por Ositrán, razón por la cual, no corresponde efectuar una réplica respecto a los escritos remitidos por el Regulador.
- De una interpretación literal de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, se aprecia que el servicio de tarja de los contenedores, verificación de los precintos, peso a la descarga, entre otros, son acciones y/o servicios que no se encuentran indicados de manera expresa en el listado de actos y/o acciones que debe de efectuar el Concesionario como parte del Servicio Estándar; no obstante, de una revisión integral, que tome en cuenta la definición estricta de Servicios Especiales prevista en la Cláusula 8.15 de dicho Contrato, tampoco permite afirmar que dicho Servicio Adicional sea considerado en toda su extensión como un servicio especial.

10. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, de fecha 26 de setiembre de 2011, el Consejo Directivo del Ositrán interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión en los siguientes términos:

“De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio o aduanero en sus definiciones.

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera, después de la suscripción del mencionado contrato de concesión, se realizan dentro del terminal una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados a la salida del terminal (incluidos en el denominado “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor”) [segunda verificación] no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, constituyéndose en un Servicio Especial.”

11. A través de la Nota N° 062-11-SCD-OSITRAN¹ de fecha 27 de setiembre de 2011, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán informó a la entonces Gerencia de Regulación que, conforme al literal c) del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1402-398-11-CD-OSITRAN, se dispuso encomendar a dicho órgano de línea las acciones necesarias ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) para que se inicie la investigación de las condiciones de competencia del “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor” (en adelante, Servicio Adicional), adjuntando para dichos efectos copia de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, copia del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN y copia certificada del referido Acuerdo de Consejo Directivo.
12. Por medio del Oficio Circular N° 027-11-SCD-OSITRAN, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN y el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN que la sustenta, a los apersonados al procedimiento de interpretación contractual de acuerdo con lo siguiente: el 29 de setiembre de 2011 al MTC y a DPWC; el 03 de octubre de 2011 a Conudfi, Puryquímica

¹ Con copia a la entonces Gerencia de Asesoría Legal.

S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A., Químicos Goicochea S.A.C., Rudolf Reimsac S.A.C., Representaciones y Distribuciones IVER S.A., Tenminste S.A.C., Duquímica S.A., Química Anders S.A.C., Vicco S.A. y a Quimex S.A.; el 04 de octubre de 2011 a Peruquimicos S.A.C.

13. Mediante el Oficio N° 060-11-GRE-OSITRAN, notificado el 07 de octubre de 2011, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo Directivo N° 1402-398-11-CD-OSITRAN citado anteriormente, la entonces Gerencia de Regulación solicitó al Indecopi, la investigación de las condiciones de competencia del Servicio Adicional prestado por DPWC.
14. Por medio del Memorando N° 010-11-STCD-OSITRAN de fecha 10 de octubre de 2011, la Secretaría Técnica del Consejo Directivo del Ositrán remitió a la entonces Gerencia de Regulación, el Expediente N° INT 001-11-GRE² por el cual tramitó la interpretación de oficio de la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.
15. Con fecha 20 de octubre de 2011, a través del Escrito S/N, DPWC interpuso Recurso de Reconsideración Parcial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, en el extremo referido a que corresponde solicitar al Indecopi analizar las condiciones de competencia del Servicio Adicional, solicitando además se le conceda el uso de la palabra.
16. Con fecha 25 de octubre de 2011, mediante la Carta N° PQ 427/11, Peruquimicos S.A.C. interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, a fin de que se establezca lo siguiente:
 - Las actividades que se encuentran comprendidas en el Servicio Adicional deben ser calificadas como inherentes a la prestación del Servicio Estándar.
 - En correspondencia a los artículos 13 y 21 de la Ley del Sistema Portuario Nacional, se confirme que las actividades que conformen el referido servicio son prestadas fuera del régimen de libre competencia, por lo que la prestación de esas actividades está sujeta al pago de tarifas.
17. A través del Oficio Circular N° 020-11-GRE-OSITRAN, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado del recurso impugnativo de reconsideración parcial interpuesto por DPWC contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN a los apersonados³ al procedimiento de interpretación contractual, a efectos de que dentro del plazo de 15 días útiles manifiesten su posición sobre el particular.
18. Mediante Oficio Circular N° 021-11-GRE-OSITRAN, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado del recurso impugnativo de reconsideración interpuesto por Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN a los apersonados⁴ al procedimiento de interpretación contractual, a efectos de que dentro del plazo de 15 días útiles manifiesten su posición al respecto.

² Se indicó que, inserto al expediente, se acompañaban las siguientes piezas:

- Certificación del Acuerdo N° 1402-398-11-CD-OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.
- Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN.
- Cargos originales de las notificaciones realizadas al Concedente, Concesionario, Conudfi y los once (11) usuarios acreditados en el procedimiento interpretación contractual.

³ El Oficio Circular N° 020-11-GRE-OSITRAN fue notificado el 27 de octubre de 2011 a Químicos Goicochea S.A.C., Representaciones y Distribuciones IVER S.A.; el 28 de octubre de 2011 al MTC, Conudfi, Rudolf Reimsac S.A.C., Tenminste S.A.C., Duquímica S.A., Química Anders S.A.C., Puryquímica S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A., Vicco S.A., y a Quimex S.A.; y el 02 de noviembre de 2011 a Peruquimicos.

⁴ El Oficio Circular N° 021-11-GRE-OSITRAN fue notificado el 04 de noviembre de 2011 a Rudolf Reimsac, Representaciones y Distribuciones IVER S.A., Tenminste S.A.C., Duquímica S.A.C. y al MTC; el 05 de noviembre de 2011 a Química Anders S.A.C., Puryquímica S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A. y Vicco S.A.; el 06 de noviembre de 2011 a Quimexsa; y el 07 de noviembre de 2011 al Conudfi.

19. Por medio del Escrito S/N recibido el 11 de noviembre del 2011, DPWC subsanó el error material de su recurso de reconsideración referido a la omisión material de la firma de letrado.
20. A través del Oficio N° 065-11-GRE-OSITRAN notificado el 21 de noviembre de 2011, la entonces Gerencia de Regulación del Ositrán corrió traslado a DPWC del recurso impugnativo interpuesto por Peruquimicos, a efectos de que dentro del plazo de 15 días útiles manifieste su posición de considerarlo pertinente.
21. Por medio de los Escritos S/N recibidos el 21 de noviembre de 2011, Conudfi, Peruquimicos, Puryquímica S.A.C. (en adelante, Puryquímica) y Desarrollos Químicos Modernos S.A. (en adelante, Desarrollo Químicos) remitieron su posición respecto al recurso de reconsideración interpuesto por DPWC, solicitando al Consejo Directivo del Ositrán que se declare lo siguiente:
- Las actividades contenidas en el Servicio Adicional forman parte del Servicio Estándar debido a que son ejecutados de manera previa a la culminación de este último, es decir, con anterioridad a la salida de la carga fuera del recinto portuaria.
 - Se declare la nulidad de la Resolución materia de impugnación debido a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 10.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
22. Mediante Escrito S/N recibido el 13 de diciembre de 2011, DPWC remitió su posición respecto al recurso de reconsideración interpuesto por Peruquimicos, solicitando al Consejo Directivo del Ositrán que declare improcedente y/o infundado dicho recurso.
23. Con fecha 06 de febrero de 2012, a través del Oficio N° 209-2012-MTC/15, el MTC remitió copia del Oficio N° 1172-2011-APN-GG de fecha 19 de diciembre de 2011, el cual adjuntó el Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ de fecha 13 de diciembre de 2011, en donde la APN emitió opinión respecto a los recursos presentados por DPWC y Peruquimicos, indicando principalmente lo siguiente:
- El recurso de reconsideración interpuesto por DPWC desde el punto de vista formal resulta improcedente, dado que se encuentra destinado a cuestionar un acto de administración que no produce ningún tipo de efectos sobre los intereses de la empresa.
 - La definición de servicio especial involucra la existencia de un poder de negociación, el mismo que no se presenta en el caso del denominado Servicio Adicional.
 - Respecto a los argumentos de Peruquimicos, los mismos adolecen de justificación al pretender indicar que las actividades del denominado Servicio Adicional se encuentran incluidos dentro de las actividades que comprenden el Servicio Estándar.
 - El Servicio Adicional surge de una exigencia aduanera cuyo cumplimiento corresponde al Terminal Portuario, no siendo procedente que el costo de dicho cumplimiento sea trasladado a los usuarios mediante un servicio que no es solicitado por ellos.
24. A través del Escrito S/N recibido el 16 de febrero de 2012, Conudfi remitió nuevamente su posición respecto al recurso de reconsideración interpuesto por DPWC en los mismos términos que su Escrito S/N de fecha 21 de noviembre de 2011, adjuntando en esta ocasión la vigencia de poder de su presidente.
25. Por medio del Oficio Circular N° 008-12-SCD-OSITRAN⁵, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán comunicó: i) a DPWC la reprogramación de su solicitud de uso de palabra para la Sesión del Consejo Directivo del día martes 24 de abril de 2012, a las 13:35

⁵ Notificado a DPWC y al MTC el 23 de abril de 2012 y al Conudfi el 24 de abril de 2012.

horas; y ii) al MTC y al Conudfi para que hagan uso de su derecho de réplica en la referida Sesión del Consejo Directivo.

26. A través de la Sesión del Consejo Directivo N° 414-2012-CD-OSITRAN, de fecha 24 de abril de 2012, se realizó el Informe Oral por parte de DPWC, donde este expuso sus argumentos respecto a su Recurso de Reconsideración.
27. Con fecha 15 de mayo del 2012, mediante Oficio N° 954-2012-MTC/25⁶, el MTC remitió el Oficio N° 364-2012-APN/UAJ de fecha 05 de marzo de 2012 que adjunta el Informe Técnico Legal N° 006-2012-APN/DIPLA/UAJ de fecha 29 de febrero de 2012, a través del cual la APN emitió opinión técnico-legal⁷ respecto a los recursos de reconsideración interpuestos por DPWC y Peruquimicos, concluyendo en el referido Informe lo siguiente:
- ✓ El Servicio Adicional surge de una obligación aduanera cuyo cumplimiento corresponde al Terminal Portuario, no siendo razonable que el costo de dicho cumplimiento sea transferido a los usuarios mediante un servicio especial que ellos no han requerido.
 - ✓ El “Servicio Estándar” se encuentra delimitado de manera general como el conjunto de actividades que se llevan a cabo desde el amarre de la nave, hasta el retiro del contenedor por parte del Usuario; en consecuencia, las actividades del “Servicio Adicional” deben ser consideradas como parte del Servicio Estándar, puesto que se llevan a cabo durante la permanencia de la mercancía en el recinto portuario y que además son obligatorias y no solicitadas por el usuario.
28. Con fecha 07 de agosto de 2012, en atención a lo requerido por el Regulador, el Estudio Sergio Salinas Rivas Abogados remitió el Informe Legal “Consultoría legal aplicable a los Contratos de Concesión en materia portuaria. Análisis y Crítica” (en adelante, el Informe Legal de Consultoría), concluyéndose en dicho informe, entre otros aspectos, lo siguiente:
- ✓ La Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante, LSPN) y su Reglamento, la Ley de creación del Ositrán, su Reglamento General (en adelante, REGO)⁸ y su Reglamento General de Tarifas (en adelante, RETA) constituyen parte de las Leyes Aplicables y Normas Regulatorias a las que se refieren los Contratos de Concesión, por lo que les son plenamente aplicables y exigibles.
 - ✓ El marco regulatorio aplicable a los servicios portuarios señala que en los casos donde no existen condiciones de competencia corresponde la aplicación de un régimen tarifario definido por el Regulador y no uno de precios libres.
 - ✓ Una interpretación literal del régimen aplicable a los Servicios Especiales en los Contratos de Concesión podría conducir a una aparente disconformidad con el marco regulatorio contemplado en las leyes especiales. No obstante, el Regulador puede iniciar un procedimiento de interpretación de las definiciones de Servicios Especiales contenidos en los Contratos de Concesión, de manera que se asegure su armonía con el marco regulatorio dispuesto en las Leyes Aplicables.
 - ✓ Las facultades del Ositrán no han sido modificadas, dejadas sin efecto o derogadas por los Contratos de Concesión, por lo que se encuentra legalmente facultado para iniciar, conforme a sus competencias, un procedimiento de fijación tarifaria, de acuerdo con las reglas y procedimientos vigentes.

⁶ Se adjuntó el Oficio N° 238-2012-MTC/25 de fecha 07 de febrero del 2012, mediante el cual el MTC solicitó a la APN que remita un informe técnico en relación con los Servicios Especiales en cuestión, considerando que la opinión anterior (Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ) se sustenta sólo en un informe legal.

⁷ Conforme a lo indicado por el MTC en el Oficio N° 954-2012-MTC/25, dicha opinión de la APN sustituye a aquella comunicada mediante Oficio N° 209-2012-MTC/15, que contiene el Informe Legal N° 952-2011-APN/AUJ.

⁸ Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.

29. Mediante Oficio Circular N° 002-12-GAL-OSITRAN, la entonces Gerencia de Asesoría Legal del Ositrán corrió traslado del el Informe Legal de Consultoría a los apersonados⁹ al procedimiento de interpretación contractual, a fin de que manifiesten su posición sobre el particular en un plazo máximo de 10 días útiles.
30. A través de la Carta N° GAC.DPWC.022.2012 recibida el 05 de octubre de 2012, DPWC solicitó al Ositrán una ampliación de plazo de quince (15) días hábiles con el fin de remitir sus comentarios respecto del el Informe Legal de Consultoría, citado anteriormente.
31. Por medio de la Carta N° CONUDFI 129-2012/P recibida el 11 de octubre de 2012, Conudfi remitió su posición al Ositrán respecto del el Informe Legal de Consultoría, manifestando su conformidad con lo señalado en dicho Informe. Asimismo, solicitó que se realice un desarrollo a efectos de definir qué servicios y actividades se incluyen en las tarifas estándar integrales respectivas tanto a la nave como a la carga.
32. Mediante Oficio Circular N° 003-12-GAL-OSITRAN, la entonces Gerencia de Asesoría Legal del Ositrán comunicó a los apersonados¹⁰ al procedimiento de interpretación contractual que, en virtud a la solicitud efectuada a través de la Carta N° GAC.DPWC.022.2012, se procedía a ampliar en diez (10) días útiles adicionales, el plazo concedido por medio del mencionado Oficio Circular N° 002-2012-GAL-OSITRAN, a efectos de que puedan remitir su posición sobre el Informe Legal de Consultoría.
33. A través de la Carta N° GAC.DPWC.040.2012, notificada al Ositrán el 25 de octubre de 2012, DPWC remitió su posición respecto al el Informe Legal de Consultoría, señalando, entre otras cuestiones, lo siguiente:
- ✓ El marco legal reconoce de manera expresa la naturaleza privada de los contrato-ley y la imposibilidad de ser modificados unilateralmente por la Administración.
 - ✓ El Estado garantizó al Concesionario el cumplimiento de todas las obligaciones contempladas en el Contrato de Concesión y aceptó, tanto el sometimiento al Derecho Privado, como la no alteración del referido contrato por disposiciones legales o administrativas posteriores.
 - ✓ En el supuesto negado que el Contrato de Concesión colisione con las disposiciones de la Ley del Sistema Portuario Nacional, se trataría de un vicio atribuible a la Administración, puesto que ella es la autora de las bases y la que además habría asegurado su adecuación al ordenamiento jurídico.
34. Con fecha 13 de mayo de 2013, el Indecopi notificó al Ositrán la Carta N° 282.2013/PRE-INDECOPI adjuntando el Informe N° 013-2012/ST-CLC-INDECOPI, concluyendo que en la prestación del Servicio Adicional no existen condiciones de competencia.
35. Por medio del Memorando N° 055-17-GAJ-OSITRAN, de fecha 09 de marzo de 2017, la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, la GAJ) remitió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (en adelante, la GRE) y a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, la GSF), con copia a la Gerencia General, su opinión legal referido a los recursos impugnativos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.

⁹ Oficio Circular N° 002-12-GAL-OSITRAN notificado el 24 de setiembre de 2012 a Puryquímica S.A.C.; el 25 de setiembre de 2012 al MTC, Conudfi, Peruquimicos, Representaciones y Distribuciones IVER S.A., Arteccla S.A., Química Anders S.A.C., Químicos Goicochea S.A.C., Desarrollos Químicos Modernos S.A., Vicco S.A., Rudolf Reimsac, Tenminste S.A.C. y Duquímica S.A.; y el 10 de octubre de 2012 a Quimex S.A.

¹⁰ Oficio Circular N° 003-12-GAL-OSITRAN notificado el 12 de octubre de 2012 a Peruquimicos, Representaciones y Distribuciones IVER S.A., Rudolf Reimsac, Puryquímica S.A.C., Arteccla S.A., Desarrollos Químicos Modernos S.A., Química Anders S.A.C., Vicco S.A. y Conudfi; y el 15 de octubre de 2012 a Duquímica S.A., Tenminste S.A.C., Químicos Goicochea S.A.C., Quimex S.A., DPWC y al MTC.

36. En atención al Memorando N° 055-17-GAJ-OSITRAN, la GRE y la GSF emitieron los Memorandos N° 054-17-GRE-OSITRAN y 0667-2017-GSF-OSITRAN¹¹, de fechas 22 de marzo de 2017 y 07 de abril de 2017, respectivamente.
37. A través del Memorando N° 1543-2017-GSF-OSITRAN de fecha 21 de julio de 2017, la GSF comunicó a la GAJ y a la GRE que, mediante Oficio N° 4183-2017-GSF-OSITRAN, se le solicitó distinta información a DPWC referida a los términos bajo los cuales se prestaba el mencionado Servicio Adicional, el mismo que fue atendido mediante Carta GLAC.DPWC.147.2017, en el que se informó, entre otros aspectos, lo siguiente:
- ✓ Respecto a la descarga, el Servicio Adicional involucra la transmisión a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat) de la información referida al peso bruto de la carga registrada por las grúas pórticos, así como la verificación de precintos.
 - ✓ Respecto del despacho de la carga, la información del pesaje y de precintos obtenida en la balanza de salida es transmitida en línea a la Sunat.
 - ✓ Entre el período de mayo 2010 – mayo 2017, el número de contenedores que recibió el referido Servicio Adicional fue de 1 629 881.
38. Por medio del Memorando Circular N° 030-2020-GG-OSITRAN de fecha 04 de marzo de 2020, la Gerencia General solicitó a la GAJ y a la GRE informar sobre el estado actual y la fecha de remisión del informe relativo al recurso de reconsideración interpuesto por Peruquimicos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, el cual fue atendido mediante Memorando N° 0015-2020-MC-OSITRAN (GRE-GAJ), de fecha 13 de marzo de 2020, indicando que, sujeto a contar con elementos de juicio necesarios que permitan emitir opinión respecto a los referidos recursos, se remitiría el mencionado informe el 30 de junio de 2020¹².
39. Mediante Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 20 de enero de 2021 se solicitó a la GSF que, en el plazo de veinticinco (25) días hábiles, absuelva desde un punto de vista técnico-operativo determinadas consultas a efectos de contar con mayores elementos de juicio que permitan resolver los recursos de reconsideración presentados por DPWC y Peruquimicos¹³.
40. Mediante Memorando N° 01213-2021-GSF-OSITRAN del 04 de mayo de 2021, la GSF atendió las consultas efectuadas mediante Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ). Asimismo, mediante dicho documento se adjuntó el Informe Técnico N° 01-2021-GCBA de fecha 04 de mayo de 2021 elaborado por su consultor.

¹¹ Cabe indicar que a través del Memorando N° 205-17-GAJ-OSITRAN de fecha 10 de julio de 2017, la GAJ señaló que, mediante Memorando N° 055-17-GAJ-OSITRAN, confirmó su opinión legal respecto a los recursos de reconsideración.

¹² Cabe precisar que mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo declaró el inicio del Estado de Emergencia Nacional.

¹³ A través del Memorando N° 00565-2021-GSF-OSITRAN del 23 de febrero de 2021, la GSF solicitó una ampliación de plazo de quince (15) días hábiles, toda vez que a fin de atender las consultas efectuadas a través del citado Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) requirieron información a DPWC, quien solicitó ampliación de plazo hasta el 26 de febrero de 2021; y, que adicionalmente han contratado un consultor a efectos de que realice una supervisión *in situ* en el TMS. Dicha solicitud de ampliación de plazo fue otorgada mediante Memorando Conjunto N° 019-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 26 de febrero de 2021.

Con fecha 15 de marzo de 2021, mediante Memorando N° 00780-2021-GSF-OSITRAN, la GSF solicitó una ampliación de plazo adicional de quince (15) días hábiles para atender la información solicitada mediante Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ), indicando que se encuentra a la espera que DPWC remita la información documentada de los procesos y flujograma que detalle las actividades operativas e instrumentos utilizados a fin de brindar el servicio de descarga de contenedores. Dicha solicitud de prórroga del plazo fue concedida a través del Memorando Conjunto N° 024-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 17 de marzo de 2021.

Mediante Memorando N° 00983-2021-GSF-OSITRAN del 09 de abril de 2021, la GSF solicitó una ampliación de plazo adicional de quince (15) días hábiles para atender la información solicitada mediante Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ), debido a que a dicha fecha se encontraba a la espera de que su consultor contratado para realizar el levantamiento de información *in situ*, y así como la elaboración de su respectivo informe concluya su labor. Dicha solicitud fue otorgada mediante Memorando Conjunto N° 035-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 09 de abril de 2021.

41. Mediante Memorando Conjunto N° 0054-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 28 de junio de 2021, se solicitó a la Gerencia General la aprobación del cronograma de trabajo actualizado en el que indica que se ampliaría en diez (10) días hábiles para remitir el informe de reconsideración, siendo atendido por la Gerencia General a través del proveído del Sistema de Gestión Documental de fecha 30 de junio de 2021.
42. Mediante Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) de fecha 10 de septiembre de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, GAJ) y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (en adelante, GRE) emitieron opinión sobre los recursos impugnativos interpuestos por DP World Callao S.R.L (en adelante, DPWC) y Peruquimicos S.A.C. (en adelante, Peruquimicos) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038- 2011-CD-OSITRAN, recomendando su elevación al Consejo Directivo.
43. En la Sesión Ordinaria N° 746-2021-CD-OSITRAN del 22 de setiembre de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso devolver el Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) a fin de que la GAJ y la GRE lo complementen en lo referido a la justificación de la oportunidad de la presentación de la propuesta de Resolución de los referidos recursos.
44. En atención a la solicitud señalada en el párrafo precedente, la GAJ y la GRE emitieron el Informe Conjunto N° 00150-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) de fecha 26 de noviembre de 2021, por el cual se dio atención al referido pedido formulado por el Consejo Directivo del Ositrán.
45. En la Sesión Ordinaria N° 754-2021-CD-OSITRAN del 15 de diciembre de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán dispuso que la GAJ y la GRE efectúen modificaciones al Informe Conjunto N° 00117-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) y al proyecto de Resolución de Consejo Directivo que se adjuntó en el mismo.

III. ANÁLISIS

46. La presente sección se ha estructurado en dos partes: en la primera se presenta una cuestión previa, y en la segunda parte se analizan los argumentos presentados por Peruquimicos y DPWC en sus respectivos recursos de reconsideración.
 - A. Cuestión Previa:
 - A.1 Sobre lo resuelto de la Resolución Impugnada y las conclusiones del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN
 - A.2 Sobre el criterio regulatorio o aduanero
 - A.3 Del deber de resolver de la Administración Pública
 - A.4 Análisis de admisibilidad y procedencia
 - A.5 Acumulación de los procedimientos recursivos
 - B. Análisis de los Recursos de Reconsideración:
 - B.1. De los argumentos presentados por Peruquimicos S.A.C.
 - B.1.1. Sobre aspectos técnicos del Servicio Estándar y del Servicio Especial
 - B.1.2. Sobre la contravención a la legislación aduanera
 - B.1.3. Sobre el despacho aduanero conforme al Procedimiento INTA-PE.01.17
 - B.1.4. Sobre la solicitud previa para la prestación de los Servicios Especiales

B.2. De los argumentos presentados por DP World Callao S.R.L.

A. Cuestión Previa:

47. Resulta importante anotar que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-CD-OSITRAN, se resolvió disponer el inicio de interpretación de oficio de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.
48. De igual forma, en el Informe N° 002-11-GRE-GAL-OSITRAN que sustentó la resolución antes mencionada, se indicó lo siguiente:

“10. Sobre el particular, podemos señalar que, en virtud de lo manifestado por CONUDFI y DPW, existirían indicios suficientes para proceder al inicio de interpretación de oficio de la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, respecto del alcance del Servicio Estándar, cuando dicha cláusula hace referencia a “u otros [servicios] que implique la prestación del Servicio Estándar.”

(...)

12. En vista de ello resulta pertinente el inicio de un procedimiento de interpretación de oficio.”

(Subrayado y énfasis agregados)

49. Incluso en el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN que sustentó la resolución materia de impugnación por parte de DPWC y Peruquimicos, se señaló lo siguiente:

“1. El presente informe tiene como objeto emitir opinión con relación al procedimiento de interpretación de oficio de la Cláusula 8.14 (alcance del servicio – Servicio Estándar), del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-CD-OSITRAN.

2. En vista de ello, se determinará si la frase de la cláusula 8.14 “... u otros [servicios] que implique la prestación del Servicio Estándar”, contempla o no a los servicios que el Concesionario debe prestar por mandato de la norma aduanera, a saber: la segunda verificación de precintos, el segundo pesaje y la transmisión de la tarja.”

(Subrayado y énfasis agregado)

50. Como se advierte, desde el inicio del mencionado procedimiento de interpretación, se tuvo como único objetivo interpretar la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, a efectos de delimitar si la frase *“... u otros [servicios] que implique la prestación del Servicio Estándar”* indicada en la referida cláusula, comprende o no los servicios que DPWC debe prestar por mandato de la legislación aduanera -que son los contemplados en el Servicio Adicional-.
51. En esa línea, es oportuno recalcar que, conforme al REGO¹⁴ y a los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos)¹⁵, el procedimiento de interpretación contractual llevado a cabo por el Regulador se encuentra orientado únicamente a establecer el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo viable su aplicación.
52. Por consiguiente, el procedimiento de interpretación en cuestión versa únicamente sobre los alcances del Servicio Estándar en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.

A.1. Sobre lo resuelto en la Resolución Impugnada y las conclusiones del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN

¹⁴ REGO:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión
Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.
La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.”

¹⁵ Lineamientos:

“6.1 Interpretaciones

(...)

La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. (...)

(...)

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...)”

53. Como se mencionó anteriormente, el procedimiento de interpretación contractual de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión iniciado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-CD-OSITRAN, surgió con motivo de determinar los alcances del Servicio Estándar, teniendo en cuenta que, determinados usuarios del TMS consideraban que la prestación del servicio denominado “Verificación Adicional de Datos del Contenedor” brindado por DPW (en adelante, Servicio Adicional), se encontraba comprendido en el Servicio Estándar, y no correspondía, a su entender, que se efectúen cobros adicionales como parte de un Servicio Especial .
54. Así, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN se interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión sustentándose en el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN, siendo así que de la revisión de dichos documentos se verifica que el 12 de mayo de 2011, se realizó una visita inspectiva al TMS por parte de funcionarios del Ositrán, suscribiéndose el “Acta de Visita Inspectiva” en la que se consignó que el Concesionario efectuaba una actividad de pesaje y de verificación de precintos tanto al costado de la nave como a la salida del terminal portuario, empero solo las actividades que se realizaban a la salida del recinto portuario formaban parte del Servicio Estándar, de acuerdo a lo manifestado por DPWC, tal como se observa de la cita siguiente de dicho Informe:

“109. Al respecto, cabe agregar que, mediante Acta de Visita Inspectiva de fecha 12 de mayo del año 2011, OSITRAN verificó que el Concesionario viene realizando dos actividades de pesaje y dos actividades de verificación de precintos, siguiendo lo establecido en el normatividad aduanera vigente a dicha fecha:

- i) La primera actividad de pesaje se realiza al momento del desembarque del contenedor – llevada a cabo en la grúa pórtico–; y la segunda, al momento de la salida del contenedor –llevada a cabo en la balanza de plataforma a la salida del terminal–.*
- ii) La primera actividad de verificación de precintos se efectúa luego de la colocación del contenedor en el camión interno; y la segunda, en la balanza de plataforma a la salida del terminal.*

*110. Asimismo, en la referida acta, **DPWC precisó que las segundas actividades de pesaje y de verificación de precintos son las únicas que forman parte del denominado Servicio Estándar.***
(...)”

(Subrayado y énfasis agregados)

55. En esa misma línea, en el Informe en cuestión, incluso se citó la descripción del Servicio Adicional de acuerdo con el tarifario de DPWC vigente en aquella oportunidad (año 2011)¹⁶, en el que se señalaba de manera expresa que el servicio de pesaje y de verificación de precintos es adicional a la verificación que se efectúa a la salida del terminal y cuyo costo ya se encuentra comprendido en el “Servicio Estándar”, tal como se observa a continuación:

“3. Al respecto, debemos precisar que a la fecha, el tarifario de DP World Callao S.R.L., en su ítem 4.3.8, contempla bajo la denominación: “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor” (servicio especial, para efectos de la clasificación establecida por el Contrato de Concesión), a los servicios de inspección visual a la descarga del precinto de seguridad, sus números (hasta un máximo de dos precintos), estado del contenedor, Servicio Adicional de pesaje con grúas pórtico o grúas de patio e información adicional requerida por el transportista para el servicio de la nota de tarja destinada a SUNAT – ADUANAS. Al respecto, debemos precisar que dicho “Servicio Adicional” es facturado por contenedor.
(...)”

119. Las actividades de verificación adicional de precintos y de pesaje adicional, son prestados por el Concesionario bajo la denominación de “Verificación adicional de datos del contenedor”¹⁷ (en adelante, Servicio Adicional).
(...)”

¹⁷ Incluye la verificación física de los números de contenedores, la preexistencia de precintos a la descarga, el número de precintos (máx. 2), el peso a la descarga (**adicional al peso a la salida**), verificación de la

¹⁶ Es preciso señalar que, el Servicio Adicional desde el año 2011 hasta la fecha ha venido siendo prestado por DPWC sustancialmente en los mismos términos conforme se ha verificado en los tarifarios del Concesionario vigentes en dicho periodo.

condición física del contenedor a la descarga, registro de particularidades, e información adicional requerida por el transportista para el envío de la nota de tarja a aduanas. Este servicio es adicional al proceso de verificación normal que se lleva a cabo en la puerta de salida y cuyo costo ya está incluido en la tarifa por Servicio Estándar.

(Subrayado y énfasis agregados)

56. Consecuentemente, siguiendo el orden de ideas descrito anteriormente en el Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN se afirmó lo siguiente:

“131. En ese contexto, partiendo de la premisa que la verificación de precintos y el pesaje relacionados con la elaboración de la nota de tarja son necesarios para completar el desembarque de un contenedor y, por tanto, forman parte del Servicio Estándar, puede concluirse que la verificación adicional de precintos y el pesaje adicional –el Servicio Adicional– deben ser considerados como parte de un Servicio Especial (el usuario está obligado a solicitar su prestación porque la normatividad así lo establece y no porque sea necesario desde la perspectiva operativa-portuaria), puesto que el Servicio Adicional es un procedimiento ajeno al normal desarrollo operativo para el desembarque de un contenedor.”

(Sin subrayado en el original)

57. De la revisión de lo antes indicado, se observa que tanto en el Informe como en la Resolución Impugnada se sigue una clara línea de razonamiento en la que se determina que las actividades de pesaje y verificación de precinto que se efectúan en la puerta de la salida del terminal portuario están incluidas en la tarifa del Servicio Estándar; no obstante, las conclusiones del mencionado Informe y el resuelve de dicha Resolución no son congruentes con el referido razonamiento, como se aprecia a continuación:

- **Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN.-**

“VII. CONCLUSIONES:

1. En virtud de lo expuesto, procedemos a efectuar la siguiente interpretación respecto de la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur:

(...)

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados a la salida del terminal (denominado Servicio Adicional por el Concesionario) no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, constituyéndose en un Servicio Especial.”

(Subrayado agregado)

- **Resolución de Consejo Directivo N° 038-11-CD-OSITRAN.-**

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- INTERPRETAR los alcances de la cláusula (sic) 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, en los siguientes términos:

(...)

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados a la salida del terminal (incluidos en el denominado “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor”) no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, constituyéndose en un Servicio Especial.”

58. Al respecto, corresponde indicar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, (en adelante, TUO de la LPAG), se dispone que el acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones

surgidas en la motivación se tratará de vicios no trascendentales, por lo que se configura la conservación del acto administrativo¹⁷.

59. En tal sentido, corresponde la conservación del acto administrativo en el que se sigue la línea argumentativa descrita a lo largo del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN que sustenta la Resolución Impugnada, esto es, que el “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor” o Servicio Adicional en cuestión es el que se ejecuta al costado de la nave al momento de la descarga de la mercancía, mientras que, el Servicio Estándar se brinda a la salida del TMS. Teniendo en cuenta ello, la evaluación de los recursos¹⁸ impugnativos planteados por DPWC y Peruquimicos se analizarán bajo este enfoque.

A.2. Sobre el criterio regulatorio o aduanero

60. Sobre el particular, la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión señalando, entre otros aspectos, que los Servicios Estándar y Especiales son actividades portuarias que fueron agrupadas siguiendo criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio o aduanero en sus definiciones, tal como se aprecia a continuación:

“ARTÍCULO 1°.- INTERPRETAR los alcances de la clausula (sic) 8.14 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, en los siguientes términos:

De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio o aduanero en sus definiciones. (...).”

(Sin subrayado en el original)

61. Sin embargo, no se debe perder de vista que la mencionada resolución es objeto de impugnaciones¹⁹ por parte de DPWC y Peruquimicos, las cuales dentro de sus argumentos para sustentar las mismas incorporan criterios regulatorios; así como normativa aduanera, motivo por el cual, al cuestionar los extremos antes referidos, los mismos no han quedado firmes y como tal corresponden revisarse en la presente etapa en virtud de los argumentos planteados por las partes, lo cual se efectúa también en aras de garantizar el derecho de defensa²⁰ de los recurrentes.

¹⁷ “Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.”

¹⁸ Es preciso indicar que los argumentos planteados por las partes no se centran en qué momento se efectúa la prestación del Servicio Adicional, sino que se fundamentan en otros aspectos detallados a lo largo del presente Informe.

¹⁹ El numeral 217.2 del artículo 217 del TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

“Artículo 217. Facultad de contradicción

(...)

217.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.”

²⁰ Artículo IV del TUO de la LPAG:

A.3. Del deber de resolver de la Administración Pública

62. Al respecto, en la iniciación de los procedimientos administrativos, tanto a instancia de parte como de oficio, los mismos conllevan un deber de dictar resolución expresa por parte de las respectivas autoridades administrativas que conducen el procedimiento, tal como lo regula el artículo 86 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, (en adelante, TUO de la LPAG):

“Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

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

(...)

6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.

(...)”

63. Aunado a ello, el numeral 1 del artículo VIII del TUO de la LPAG establece que *“Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad (...)”*.
64. En esa línea, Morón Urbina indica que *“Los agentes necesariamente deben emitir pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, sin poder dejar de decidirlo por ningún motivo (...)*. No se cumple este deber con el simple acuse de recibo, con las informaciones intermedias de los tramites seguidos por el expediente, sino con la decisión de fondo desestimando o estimando la petición administrativa. El fundamento de este deber lo encontramos en la necesidad absoluta de respetar el derecho ciudadano a la petición. Como bien expresa CAJARVILLE, el peticionario y el recurrente son titulares de un interés legítimo sobre lo que piden, cualquiera que sea la situación jurídica que los legitimen y, a la vez, son titulares de un derecho subjetivo a la resolución de su causa, configurado con ello la tutela jurídica efectiva. (...)”²¹. (Subrayado agregado)
65. De otra parte, en cuanto a los efectos del silencio administrativo, en los procedimientos recursivos regirá el silencio administrativo negativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 225 del TUO de la LPAG²².

“1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”.

²¹ Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley 27444. Tomo I. Gaceta Jurídica, 2017, pp. 537-538.

²² “Artículo 225.- Silencio administrativo en materia de recursos

El silencio administrativo en materia de recursos se regirá por lo dispuesto por el artículo 38 y el numeral 2) del párrafo 35.1 del artículo 35.”

En cuanto al numeral 2) del párrafo 35.1 del artículo 35 y el artículo 38 del TUO de la LPAG, los mismos regulan lo siguiente:

“Artículo 35.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo

35.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

(...)

2.- Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.

(...)

Artículo 38.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

38.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede

66. De acuerdo con lo anterior, aun cuando opere el silencio negativo, la autoridad administrativa mantiene la obligación de resolver, siendo que dicha obligación fenece con la notificación de que el asunto sobre el cual el órgano resolutor permaneció silente ha sido sometido a conocimiento jurisdiccional o el administrado haya interpuesto los recursos respectivos:

“Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo

(...)

199.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

(...)”

67. Por consiguiente, al encontrarse toda autoridad administrativa obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, siempre y cuando dichos asuntos no se encuentren en sede jurisdiccional, es deber de este Organismo Regulador resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.

A.4. Análisis de admisibilidad y procedencia

68. En esta sección se analizará si los referidos recursos de reconsideración interpuestos por DPWC y Peruquimicos, cumplen con los requisitos previstos en el TUO de la LPAG, siendo importante señalar que, si bien los recursos antes mencionados fueron presentados bajo la LPAG anterior, el marco legal vigente relativo a la admisibilidad y procedencia se ha mantenido sustancialmente en los mismos términos.
69. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la 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 administrativo 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 administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, en cuyo caso no se requiere nueva prueba.
70. Por su parte, el artículo 221 del TUO de la LPAG dispone que el recurso administrativo que se interponga debe identificar el acto que se recurre, así como debe cumplir con los demás requisitos que el artículo 124²³ de la citada norma. Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 218 del TUO de la 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 acto.

afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.
(...)”

²³ Cabe señalar que dicho artículo se encuentra en los mismos términos que el artículo 113 de la LPAG vigente al momento de la interposición de los recursos en cuestión.

71. De la revisión de los recursos de reconsideración presentados por DPWC y Peruquimicos, se advierte que los mismos cumplen²⁴ con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 124²⁵, 219²⁶, 221²⁷ del TUO de la LPAG.
72. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 218 del TUO de la LPAG²⁸, el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Al respecto, la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN fue notificada a DPWC y Peruquimicos con el Oficio Circular N° 027-11-SCD-OSITRAN el 29 de setiembre y 04 de octubre de 2011, respectivamente, por lo que los plazos máximos para interponer los recursos de reconsideración vencieron el 20 y 25 de octubre de 2011, en cada caso.
73. En tal sentido, dado que DPWC y Peruquimicos presentaron sus recursos de reconsideración el 20 y 25 de octubre de 2011, respectivamente, han cumplido con interponerlos dentro del plazo legal, correspondiendo que se evalúen los argumentos planteados en sus respectivos recursos, debiendo indicarse que la presente evaluación no condiciona en modo alguno el sentido del pronunciamiento que el Ositrán emitirá posteriormente sobre las pretensiones y cuestionamientos de fondo planteados por los Concesionarios en sus recursos de reconsideración.
74. Por otro lado, es de precisar que DPWC dentro de sus descargos manifiesta que el recurso presentado por Peruquimicos sería improcedente toda vez que interpuso un recurso de apelación y no reconsideración. Al respecto, es preciso señalar que, con arreglo a lo contemplado el inciso 3 del artículo 86 del TUO de la LPAG, es deber de la autoridad administrativa encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, de manera que corresponde encauzar el escrito presentado

²⁴ En línea con los principios de informalismo, presunción de veracidad y eficacia establecidos en el artículo IV del TUO de la LPAG, y con lo estipulado en el artículo 48 de dicho cuerpo normativo.

²⁵ TUO de la LPAG:

“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.”

²⁶ “Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”

²⁷ “Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

²⁸ TUO de la LPAG:

“Artículo 218.- Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.”

por PERUQUÍMICOS como un recurso de reconsideración ante el Consejo Directivo. En tal sentido, no es atendible lo argumentado por el Concesionario.

75. Asimismo, DPWC dentro de sus descargos manifiesta que el recurso presentado por Peruquimicos también sería improcedente puesto que fue interpuesto fuera de plazo, ello en la medida que el plazo debe computarse desde la fecha de publicación (30.09.2011) de la resolución materia de impugnación en el Diario Oficial El Peruano, y no desde la notificación personal; sin embargo, es importante indicar que, para el cómputo de los quince (15) días hábiles con los que cuentan los administrados para interponer el respectivo recurso, este Regulador ha considerado que el cómputo de dicho plazo inicia con la notificación personal al administrado, lo cual se refleja en distintos resoluciones emitidas por el Consejo Directivo del Ositrán, tales como las Resoluciones de Consejo Directivo N° 055-2009-CD-OSITRAN, N° 007-2010-CD-OSITRAN, N° 034-2010-CD-OSITRAN, N° 041-2011-CD-OSITRAN, N° 022-2013-CD-OSITRAN, N° 043-2013-CD-OSITRAN, N° 056-2014-CD-OSITRAN y N° 0047-2019-CD-OSITRAN; de manera que, en atención al artículo 1.15 del artículo IV del TUO de la LPAG Principio de Predictibilidad, corresponde la aplicación de dicho criterio al presente caso. Por tanto, no se considera atendible lo alegado por DPWC.

A.5. Acumulación de los procedimientos recursivos

76. Como se ha señalado en los antecedentes del presente Informe, mediante Escrito s/n presentado el 20 de octubre de 2011, complementado con el Escrito s/n de fecha 11 de noviembre de 2011, DPWC presentó recurso de reconsideración parcial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN; de igual forma, mediante Carta N° PQ 427/11 presentado el 25 de octubre de 2011, Peruquimicos presentó recurso de apelación contra la referida resolución emitida por el Consejo Directivo.
77. Como se puede observar, tanto DPWC como Peruquimicos han presentado recursos impugnativos contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN de fecha 26 de setiembre de 2011.
78. Al respecto, resulta pertinente mencionar que, el artículo 160 del TUO de la LPAG prevé la posibilidad de acumulación de procedimientos, según se indica a continuación:

“Artículo 160.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.”

79. Asimismo, Morón Urbina anota que “La acumulación de procedimientos tiene el propósito de que se les tramite en un mismo expediente de manera agregada y simultanea y concluyan en un mismo acto administrativo, evitándose traslados, notificaciones, simplificando la prueba y limitando los recursos. Es la solución adecuada al principio de celeridad para aquellos casos que guarden conexión por el administrado partícipe o por la materia pretendida”²⁹.
80. En el presente caso, resulta evidente que nos encontramos frente a dos procedimientos recursivos que guardan una clara conexión, pues los mismos se encuentran destinados a cuestionar el acto administrativo plasmado en la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN.
81. Por lo expuesto, resulta viable legalmente que los procedimientos recursivos iniciados por DPWC y Peruquimicos se acumulen a efectos de que se tramiten en un solo procedimiento.

B. Análisis de los Recursos de Reconsideración:

²⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo I, Décimo Cuarta Edición, 2019. p.160.

82. Previo al análisis del fondo del presente recurso corresponde señalar que, aunque la APN, Conudfi, Puryquímica y Desarrollos Químicos no impugnaron la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN materia del presente procedimiento, en aplicación del principio de participación recogido en el TUO de la LPAG³⁰, este Regulador incorporará en su proceso de evaluación aquellos comentarios pertinentes que dichas instituciones remitieron en su oportunidad.

B.1. De los argumentos presentados por Peruquimicos S.A.C.

83. Al respecto, con fecha 25 de octubre de 2011, Peruquimicos impugnó la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN notificada el 04 de octubre de 2011, solicitando que se reformule la interpretación del Consejo Directivo, a fin de que se establezca que: (i) las actividades que se encuentran comprendidas en el Servicio Adicional deben ser calificadas como inherentes a la prestación del Servicio Estándar; y (ii) en correspondencia a los artículos 13 y 21 de la LSPN, se confirme que las actividades que conformen el referido servicio son prestadas fuera del régimen de libre competencia, por lo que la prestación de esas actividades está sujeta al pago de tarifas en la forma que determine el régimen tarifario que establezca el Regulador.
84. Los argumentos que sustentan dichas pretensiones se centran en los siguientes aspectos:
1. Aspectos técnicos del Servicio Estándar y del Servicio Especial
 2. La contravención a la legislación aduanera.
 3. El despacho aduanero conforme al Procedimiento INTA-PE.01.17.
 4. La solicitud previa para la prestación de los Servicios Especiales.

85. A continuación, se analizan cada uno de ellos:

B.1.1. Sobre aspectos técnicos del Servicio Estándar y del Servicio Especial

86. El recurrente en su escrito de impugnación alegó que Ositrán parte de la premisa que el Servicio Estándar, en el caso del procedimiento de descarga de mercancías, finaliza al momento en que se produce el desembarque de la carga en el puerto, lo que es incorrecto, puesto que conforme al Contrato de Concesión el Servicio Estándar culmina con la salida de la carga del recinto portuario; dicha equivocación respecto al momento en que finaliza el Servicio Estándar conllevó a que el Consejo Directivo del Regulador concluyera de manera errónea que el Servicio Adicional no forma parte del Servicio Estándar.
87. Asimismo, con fecha 21 de noviembre de 2011, Peruquimicos alcanzó sus comentarios al recurso de reconsideración interpuesto por el Concesionario, en el cual indicó que la premisa adopta por el Ositrán relativa a que el Servicio Estándar finalizaría una vez producida el desembarque de la carga en el puerto es falsa, dado que el desembarque de la mercancía se produce en un momento anterior a la salida de la carga del puerto, por lo que, considera que ello contravendría a lo establecido en el Contrato de Concesión y conllevaría a que todas las conclusiones arribadas en la Resolución Impugnada habrían sido formuladas bajo el error de lectura anotado, con lo cual se constituiría una causal de nulidad de toda la Resolución materia de impugnación conforme al artículo 10.1³¹ de la LPAG dado que invalida todo el análisis elaborado como sustento técnico y legal de la interpretación en cuestión.

Comentarios de Conudfi, Puryquímica y Desarrollos Químicos

³⁰ Conforme al cual la autoridad administrativa competente deberá "(...) *extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión*".

³¹ LPAG:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)"

88. Cabe señalar que los comentarios de Conudfi, Puryquímica y Desarrollos Químicos se encuentran en línea con lo manifestado por Peruquimicos, por lo que el análisis que se efectuará sobre lo argumentado por el recurrente aplicará también para lo indicado por dichas instituciones.

Opinión de DPWC

89. Asimismo, indica que, tal como la Resolución Impugnada señaló, los servicios por el segundo pesaje y por la segunda verificación de precintos prestados a la salida del terminal son obligaciones aduaneras impuestas con posterioridad a la firma de Contrato de Concesión, que por el hecho de ser un mandato legal no quiere decir que deban estar comprendidas dentro del Servicio Estándar, más aún si estos no cumplen las características de dicho servicio definido en el Contrato de Concesión. Las normas aduaneras exigen información adicional que no pueden registrarse con posterioridad a la salida del contenedor, dado que el terminal portuario no puede pesar la carga o verificar los precintos fuera de sus recintos y, además, el transportista habría incumplido con el mandato previsto en el artículo 161 del Reglamento de la Ley General de Aduanas. Al respecto, estarse a lo indicado en la sección B.1.2. del presente Informe.

Comentarios de la APN

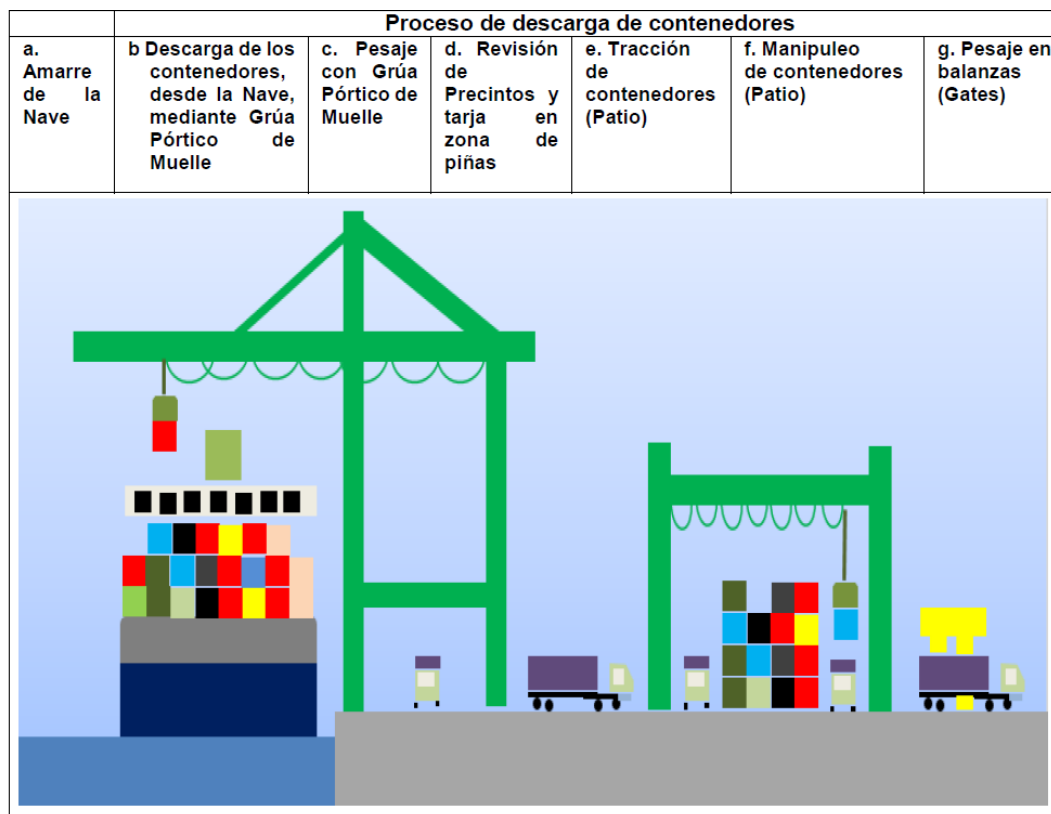
90. Cabe señalar que los comentarios de la APN se encuentran en línea con lo manifestado por Peruquimicos, por lo que el análisis que se efectuará sobre lo argumentado por el recurrente aplicará también para lo indicado por la APN.
91. Asimismo, con relación a lo indicado por la APN relativo a que para la prestación del Servicio Adicional es necesaria para llevar a cabo el despacho aduanero de mercancías por lo que forma parte del proceso operativo portuario independientemente que este sea efectuado con fines aduaneros, corresponde estarse a lo indicado en la sección B.1.2 del presente Informe.

Posición de las Gerencias

92. De manera previa a analizar los argumentos presentados, en esta sección se describirá, desde un punto de vista técnico operativo, las actividades que realiza el Concesionario para realizar la descarga de contenedores en el TMS.
93. Para ello, a través del Memorando Conjunto N° 007-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) se solicitó a la GSF información respecto de las actividades que realiza DPWC para el desarrollo del proceso de descarga de contenedores en el TMS. Dicha solicitud fue atendida mediante Memorando N° 01213-2021-GSF-OSITRAN, en el cual se adjuntó el documento "Informe Técnico del Consultor". Según se indica en el referido Informe, este fue elaborado sobre la base de la información recabada mediante la supervisión *in situ* realizada en el TMS, en la cual se observó que, para la descarga de contenedores en el referido terminal, el Concesionario realiza las siguientes actividades:
- a. Amarre de la nave
 - b. Descarga de los contenedores desde la nave, mediante grúa pórtico de muelle
 - c. Pesaje con grúa pórtico de muelle
 - d. Revisión de precintos y tarja en zona de piñas
 - e. Tracción de contenedores (patio)
 - f. Manipuleo de contenedores (patio)
 - g. Pesaje en balanzas (*gates*)

Ilustración N° 1

Proceso de descarga de contenedores en el TMS



Fuente: Memorando N° 1213-2021-GSF-OSITRAN

94. Respecto de cada una de las actividades que realiza el Concesionario durante el proceso de descarga de contenedores en el TMS, en el referido Informe Técnico del Consultor se señala que dichas actividades consisten en:

a. Amarre de la Nave

El personal de DPWC coloca los largos de la proa y popa, y los amarres de la nave a las bitas ubicadas en el muelle. Con ello se estabiliza la nave para iniciar el proceso de descarga de contenedores.

b. Descarga de los contenedores desde la nave, mediante grúa pórtico de muelle

- Se inicia el proceso de la descarga con el desplazamiento de la grúa pórtico de muelle en la fila de contenedores asignada de acuerdo con la programación establecida.
- El personal del TMS realiza la destrinca de los contenedores.
- Utilizando la grúa pórtico de muelle se descarga el contenedor a la unidad de transporte, tal como se aprecia en la siguiente imagen.



c. Pesaje con grúa pórtico de muelle

Durante la descarga del contenedor, las grúas pórtico de muelle realizan el pesaje de los contenedores, el cual es registrado en el sistema Navis Sparcs³², para ello cuentan con un sistema de pesaje cuyos monitores se encuentran en las cabinas de las grúas:

- a. En la cabina del operador de la grúa pórtico se cuenta con un dispositivo en el cual se visualizan los datos sobre el posicionamiento de elevación, posición del camión y carga cuando la grúa realiza la descarga del contenedor.
- b. En la cabina ubicada en la parte inferior de la grúa se cuenta con tres monitores de control de datos de la operación de la grúa pórtico de muelle. En estos monitores se aprecia el peso de los contenedores.

Cabe señalar que, mediante comunicación electrónica del 19 de abril de 2021, el Concesionario ha manifestado que las balanzas de las grúas pórtico de muelle no se calibran ya que no se utilizan para pesar los contenedores por tener un margen de error de más de 5%. Asimismo, a través de la Carta DAL.DPWC.051.2021, el Concesionario ha indicado que la grúa pórtico de muelle registra en el sistema Navis Sparcs el peso y el tarjador lo compara con el manifiesto de la carga.

d. Revisión de precintos, elaboración y transmisión de notas de tarja

- a. Se traslada el contenedor a la zona de piñas (ubicada en el muelle, al costado de la nave, tal como se aprecia en la siguiente fotografía), en donde se revisan los precintos de seguridad, se toma lectura de los datos del contenedor y se realiza la transmisión electrónica de la información a la Sunat. Mediante el uso de una *tablet* se busca en el sistema "Precinto Online" el número de contenedor y se registran los precintos físicos.
- b. De acuerdo con lo indicado en la Carta DAL.DPWC.051.2021, la transmisión de la nota de tarja se realiza mediante procesos electrónicos. Una vez que el sistema N4 asigna una posición en patio al contenedor, el sistema, de forma automática, transmite la nota de tarja a la Sunat y libera el bloqueo del contenedor.

³² El sistema Navis Sparcs que posee DPWC se encarga de la gestión de las operaciones en TMS.

Fotografía N° 11 Revisión de precintos y toma de lectura de información del contenedor.



Fuente: Supervisión In Situ de 25/03/2021.

e. Tracción de contenedores (patio)

Se coloca el contenedor en la unidad de transporte y, luego de la revisión de precintos y tarja en zona de piñas, el contenedor se traslada desde el costado de la nave hasta el patio de almacenamiento.

f. Manipuleo de contenedores (patio)

El manipuleo involucra acomodar el contenedor posicionándolo en un nivel de la pila de almacenamiento. Dicha posición se determina con base en la programación de entrega al usuario. El manipuleo del contenedor se realiza utilizando las grúas pórtico de patio RTG o los *Reach Stacker*.

g. Pesaje en balanzas (gates)

- a. El TMS cuenta con ocho (8) *gates* de entrada y cuatro (4) *gates* de salida, en los cuales, el personal de DPWC verifica los datos de los contenedores y del conductor de la unidad de transporte.
- b. Las balanzas ubicadas en los *gates* cuentan con certificado de calibración.
- c. En el *ticket* de salida del TMS se aprecia que el Concesionario realiza un pesaje en la balanza de salida, con lo cual se obtiene el peso del camión más el del contenedor y, por diferencia, el peso bruto del contenedor (peso del camión y el contenedor menos la tara del camión).
- d. Adicionalmente, como se muestra a continuación, en el referido *ticket* de salida se indican los siguientes datos: tipo de transacción, fecha, datos del importador, lugar, datos del vehículo, empresa de transportes, conductor, tara del contenedor, peso neto, precintos, entre otros datos del contenedor.

Fotografía N° 17 Captura de Ticket de Salida.

Ticket de Salida		# 0040009
Entrega de Importacion - Dep. Temporal 4004		
Hora de Salida: 2021-03-25 13:36:21		
RUC Remitente: 20101132618		
RUC Importador: 20106878321		
RUC Destinatario: 20106878321		
Partida: DP World Callao-Muelle Sur		Ubigeo: 150112
Llegada: CALLE ISIDRO BONIFAZ N° 433		
Placa: BAY913		
RUC/Empresa: 20392861880/TIBU TRANSPORT SAC		
DNI/Transportista: 08685785/ALBERTO OSWALDO BURGOS DIAZ		
Contenedor: FCIU5691420 Año-Reg: DAM:2021-10-090867		
Tipo Mercancia: Contenedor con Carga Tamaño: 20		
# BL: ONEYSELB05622600 # Manif: 2021-00450		
Linea/Nave/Viaje: ONE/CROATIA/2105E		
Camion + Ctnr:	34250.0	Tara Camion: 12610.0
Peso Bruto:	21640.0	Tara Ctnr: 2180.0
Peso Neto:	19460	Bultos: 1
Temperatura:	Sobredim: OWL 0cm OH 0cm	
Precintos:	000439	
Danos :		
TRASLADO A ZONA SECUNDARIA		

Fuente: Tickets proporcionados por el Concesionario.

95. Considerando ello, es posible indicar que, desde un punto de vista técnico-operativo, el proceso de descarga de contenedores en el TMS inicia con el amarre de la nave y culmina con el retiro del contenedor por parte del Usuario. En particular, durante dicho proceso se observa que el Concesionario realiza las actividades de pesaje y revisión de precintos en dos momentos:

- El primer momento ocurre cuando se descarga el contenedor del buque al muelle. En este caso, la grúa pórtico de muelle realiza un pesaje del contenedor, el cual es registrado en el sistema Navis Sparcs y luego es comparado con el manifiesto de la carga. Cabe precisar que, según lo informado por el propio Concesionario, las grúas pórtico de muelle no se calibran y el valor de pesaje que registra posee un margen de error de más del 5%.

Asimismo, luego de que el contenedor es colocado por la grúa pórtico de muelle en el camión, este es traslado a la zona de piñas, en donde se registran los precintos.

Cabe señalar que, de acuerdo con el Memorando N° 1543-2017-GSF-OSITRAN, el peso bruto registrado por la grúa pórtico de muelle y la verificación de precintos es transmitida a la Sunat.

- El segundo momento sucede en los gates de salida del TMS. En este momento el contenedor es pesado en las balanzas calibradas ubicadas en los gates. Tal como se aprecia en el ticket de salida, en este se indica, entre otros, el peso y los precintos del contenedor.

En el Memorando N° 1543-2017-GSF-OSITRAN se señala que en la balanza de salida se efectúa un pesaje y una verificación de precintos del contenedor, los cuales son registrados en el ticket de salida que es entregado al transportista. Dicha información es transmitida en línea a la Sunat.

96. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, a continuación se analizarán los argumentos presentados por Peruquimicos, referidos a que el Regulador parte de la premisa que el Servicio Estándar finaliza al momento en que se produce el desembarque de la carga en el TMS, lo cual sería incorrecto pues, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el Servicio Estándar culmina con la salida de la carga. Asimismo, alega que dicha equivocación conllevó a que el Consejo Directivo del Ositrán concluyera que el Servicio Adicional no forma parte del Servicio Estándar.
97. Al respecto, resulta importante mencionar que en la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN se interpretó la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión en los siguientes términos:

"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 o aduanero en sus definiciones.

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera después de la suscripción del Contrato de Concesión del Terminal Sur - Callao, dentro del terminal se realizan una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

La verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.

El pesaje y la verificación de precintos realizados a la salida del terminal (denominado Servicio Adicional por el Concesionario) no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, constituyéndose en un Servicio Especial."

98. De acuerdo con dicha resolución, la verificación de precintos y el pesaje que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del Servicio Estándar y la verificación de precintos y el pesaje que se realizan a la salida del terminal no resultan indispensables desde el punto de vista operativo portuario para completar el proceso de desembarque de carga en el TMS, por lo que califican como un Servicio Especial. Considerando ello, debe indicarse que, tal como se señaló previamente, desde un punto de vista operativo portuario, la revisión de precintos y el pesaje se realizan en dos momentos. A continuación, se analizará qué actividades forman parte del alcance del Servicio Estándar.
99. La Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión establece que el alcance del Servicio Estándar comprende, en el caso de embarque, desde que un contenedor ingresa al TMS hasta que la nave en la que se embarque el contenedor sea desamarrada para zarpar, y en el caso de descarga, este servicio comprende desde el amarre de la nave hasta el retiro del contenedor por el usuario. Asimismo, según dicha cláusula contractual, el Servicio Estándar incluye un periodo libre de almacenamiento de cuarenta y ocho (48) horas, así como cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del servicio, tal como se muestra a continuación:

"ALCANCES DEL SERVICIO

SERVICIO ESTÁNDAR

- 8.14. *Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO presta obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y comprenden en el caso de embarque, desde que un contenedor ingresa al Terminal hasta que la Nave en la que se embarque el contenedor sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro del contenedor por el Usuario. En ambos casos, incluye una permanencia del contenedor en el Terminal hasta de cuarenta y ocho (48) horas libre de pago, así como cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que el contenedor ingrese en el patio del Terminal para su posterior embarque.*

Los Servicios Estándar se dividen en:

- a. *Servicios en función a la Nave*
- b. *Servicios en función a la Carga*

La Tarifa por estos servicios será la única contraprestación que los Usuarios están obligados a pagar al CONCESIONARIO por dicho concepto. El CONCESIONARIO no podrá condicionar la prestación del Servicio Estándar a la aceptación por el Usuario de ningún otro servicio o pago adicional.

a. SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE:

Comprende la utilización del Amarradero del Terminal. La Tarifa por este concepto se aplica por metro de Eslora de la Nave y por hora o fracción de hora. Se calcula por el tiempo total que la Nave permanezca amarrada a Muelle, computándose a partir de la hora en que pase la primera espía en la operación de Atraque hasta la hora que largue la última espía en la operación de Desatraque. La Tarifa incluye el servicio de Amarre y Desamarre de la Nave. La presente Tarifa será cobrada a la Nave.

b. SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

Comprende los servicios de descarga y/o embarque del contenedor, mediante el uso de la grúa pórtico del Muelle, así como la utilización de la infraestructura del Terminal. La Tarifa por este concepto se aplica por contenedor e incluye:

- i) *El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque.*
- ii) *El Servicio de manipuleo- en el área de almacenaje- para la recepción del contenedor de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque; y,*
- iii) *El servicio de pesaje.*

Los contenedores podrán permanecer hasta cuarenta y ocho (48) horas depositados en el Terminal a libre disposición del Usuario. Transcurrido dicho plazo, el CONCESIONARIO podrá cobrar el servicio de almacenaje, en aplicación a lo dispuesto en la Cláusula 8.15, se precisa que no corresponde cobro retroactivo por las cuarenta y ocho (48) horas previas. (...)"

- 100. Como se aprecia de la citada cláusula contractual, el Servicio Estándar incluye de manera explícita el servicio de pesaje del contenedor. Al respecto, debe indicarse que durante el proceso de descarga del contenedor en el TMS previamente descrito, se observa que el Concesionario pesa el contenedor en dos oportunidades: (i) al momento de su descarga, siendo que el pesaje se lleva a cabo con las mismas grúas pórtico de muelle con las que se realiza dicha descarga, y (ii) a la salida del terminal en la cual el pesaje ocurre con la balanza de los gates del TMS.
- 101. Sobre ello, debe indicarse que el pesaje que se realiza al costado de la nave, esto es, el pesaje que realiza la grúa pórtico de muelle no puede formar parte del Servicio Estándar, toda vez que dicho peso registrado por la grúa pórtico de muelle tiene un margen de error superior al 5%, en tanto dicha grúa no se encuentra calibrada para realizar el pesaje. Por el contrario, las balanzas ubicadas en los gates de entrada y salida del TMS sí se encuentran calibradas para pesar, registrando el peso del contenedor, por lo que el pesaje realizado a la salida del terminal es el que forma parte del Servicio Estándar.
- 102. Por otro lado, con relación a la revisión de precintos, es preciso señalar que, si bien no se encuentra listada de manera expresa en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, es una actividad operativa necesaria para el retiro de la carga por parte del Usuario, ello a efectos de que el Concesionario cumpla con lo dispuesto en el numeral 4 del literal a del artículo 148 del Reglamento de la Ley General de Aduanas aprobado mediante Decreto

Supremo N° 010-2009-EF³³, el cual obliga al Concesionario a transmitir la información de verificación de precintos al momento que el camión retira la mercancía del terminal portuario. Como se indicó previamente, en el *ticket* de salida se registran los precintos revisados en los *gates* del TMS y dicho *ticket* es entregado al Usuario para los fines pertinentes.

103. En tal sentido, con relación a los argumentos presentados por Peruquimicos, debe indicarse que el alcance del Servicio Estándar comprende, en el caso de la descarga de contenedores, desde el amarre de la nave hasta que el Usuario retire el contenedor del TMS, siendo que, el pesaje y la verificación de precintos que se realiza a la salida del TMS son los que forman parte del Servicio Estándar y no las actividades de pesaje y verificación de precintos que se realizan al costado de la nave. Cabe señalar que, si bien la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN señala lo contrario, como se desarrollará en el acápite B.1.2 del presente informe, ello no genera variación alguna respecto de la calificación del Servicio Adicional como un Servicio Especial. Por lo tanto, en la medida que el análisis del Regulador no ha contravenido lo establecido en el Contrato de Concesión se desvirtúan los argumentos planteados por Peruquimicos.
104. Por otro lado, con relación a la solicitud de nulidad total planteada por Peruquimicos contra la Resolución Impugnada, es preciso indicar que sin perjuicio de que en el presente acápite se hayan desvirtuado los argumentos que sustentarían la referida solicitud, se advierte que esta fue presentada extemporáneamente el 21 de noviembre de 2011.
105. Sobre el particular, conforme a lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11³⁴ y el numeral 218.2³⁵ del artículo 218 del TUO de la LPAG³⁶, que regulan los aspectos referidos a la nulidad, se establece que dicha pretensión sólo puede ser planteadas por los

³³ Cabe mencionar que a la fecha dicha obligación se mantiene en el numeral 5 del literal a del artículo 148 del referido reglamento. En los artículos 64 y 65 del Procedimiento General de Importación se indica que al retiro de la mercancía debe cumplirse con registrar la siguiente información:

- “64. Tratándose de mercancías sin levante autorizado, se permite su retiro del terminal de carga aéreo, terminal portuario o centros de atención en frontera, cuando:*
- a) Sean trasladadas a un depósito temporal; o*
 - b) Cuenten con autorización especial de zona primaria (Código 04) y con canal de control asignado; o*
 - c) Hayan sido seleccionadas para inspección no intrusiva.*

- 65. Tratándose del inciso b) del numeral precedente, el despachador de aduana se apersona al funcionario aduanero designado en el terminal de carga aéreo, terminal portuario o en el centro de atención en frontera para el control de salida.*

El funcionario aduanero designado registra en el sistema informático los siguientes datos:

- a) Número de la declaración.*
- b) Fecha y hora de retiro de la mercancía.*
- c) Cantidad de bultos para carga suelta.*
- d) Peso de la mercancía registrado en la balanza, excepto cuando se trate de mercancía consistente en vehículos automóviles nuevos que salen por sus propios medios.*
- e) Número de contenedor.*
- f) Número de precinto de origen.*
- g) En el caso de vehículos usados, el número de chasis y/o número de motor.*

Asimismo, verifica en el sistema informático el canal de control asignado a la declaración, el mensaje "Salida Autorizada" y de ser conforme, autoriza la salida de la mercancía.

Tratándose de mercancías transportadas en contenedores, el funcionario aduanero del Control de Salida dispone la colocación del precinto aduanero.”

³⁴ “Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.”

³⁵ “Artículo 218. Recursos administrativos

(...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.”

³⁶ Cabe precisar que el contenido de los mencionados artículos se encontraba vigentes al momento de la presentación del referido escrito.

administrados a través de sus recursos administrativos, siendo que los plazos para la interposición de dichos recursos tienen carácter perentorio. Siendo así, la solicitud de nulidad planteada por Peruquimicos en su Escrito S/N de fecha 21 de noviembre de 2011 debe ser declarada improcedente.

106. En esa línea, cabe mencionar que, en el Acta de Visita Inspectiva del 12 de mayo de 2011, DPWC precisó que las actividades de pesaje y de verificación de precintos que se realizan a la salida del TMS son las únicas que forman parte del Servicio Estándar, lo cual va en línea con lo señalado en el acápite A.2 del presente informe.
107. Cabe precisar que, con relación a los aspectos técnicos señalados en el recurso de reconsideración presentado por Peruquimicos, la APN ha señalado que las actividades que conforman el Servicio Adicional, que son ejecutadas de forma previa al retiro del contenedor no pueden ser calificadas como Servicio Especial, puesto que son indispensables para la prestación efectiva del Servicio Estándar. Asimismo, indica que el Servicio Adicional es necesario para llevar a cabo el despacho aduanero de las mercancías, por lo que forma parte del proceso operativo portuario, independientemente que este sea efectuado con fines aduaneros.
108. Además, la APN señala que, dado que las actividades del Servicio Adicional se realizan durante la permanencia de la mercancía en el TMS y que además son obligatorias y no solicitadas por los usuarios, estas deberán formar parte del Servicio Estándar.
109. Sobre el particular, debe indicarse que el Servicio Estándar incluye todas las actividades que son necesarias para realizar el embarque o descarga de mercancías, las cuales, en el caso de la descarga del contenedor, involucran desde el amarre de la nave hasta el retiro del contenedor por el Usuario. Sobre ello, debe indicarse que el hecho que una actividad se brinde de manera previa al retiro de la carga por parte del Usuario no implica necesariamente que dicha actividad se encuentre contenida dentro del alcance del Servicio Estándar, puesto que para ello debe verificarse previamente que dicha actividad sea, en términos operativos, necesaria o indispensable para realizar el proceso de embarque o descarga de contenedores en el TMS. En ese sentido, no corresponde aceptar los comentarios antes mencionados de la APN.

B.1.2. Sobre la contravención a la legislación aduanera

110. Peruquimicos indicó que la interpretación contraviene no solo el Contrato de Concesión, sino también la legislación aduanera vigente, porque no ha tomado en cuenta la función de administración y control sobre el tráfico internacional de mercancías de la Sunat que determinó que la prestación del Servicio Adicional es necesaria para llevar a cabo el despacho aduanero de mercancías (numeral 59³⁷ del literal A del acápite VII del Procedimiento General – Importación para Consumo INTA-PG.01-A), por lo que resulta imprescindible que, de acuerdo con el artículo 18 del REGO³⁸, el Regulador defienda los

³⁷ "Procedimiento General – Importación al Consumo (INTA-PG.01-A)

VII. DESCRIPCIÓN

A. TRAMITACIÓN DEL RÉGIMEN

(...)

59. Para el control de salida, el despachado de aduana se apersona donde el funcionario aduanero designado en las instalaciones del terminal portuario o terminal de carga aérea a fin de proporcionarle la Información que permita el registro en el SIGAD y en la casilla 11 de la declaración, los siguientes datos:

- a) Número de la declaración.
- b) Fecha y hora de retiro de la mercancía,
- c) Cantidad de bultos para carga suelta.
- d) Peso de la mercancía registrada en la balanza.
- e) Número de contenedor.
- f) Número de precinto de origen.

(...)"

³⁸ Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, aprobado por DECRETO SUPREMO N° 044-2006-PCM, en adelante (REGO).

Artículo 18.- Opinión técnica del OSITRAN en materia tarifaria El OSITRAN emite opinión técnica no vinculante respecto de la fijación y revisión de las tarifas del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, cuya competencia exclusiva corresponde

intereses estatales, y viabilice que la legislación en materia operativa tanto portuaria como aduanera coincidan, dado que el objetivo de ambas es que el ingreso, tránsito y salida de mercancías sea efectuado cumpliendo con los requisitos y obligaciones establecidas por las entidades vinculadas al comercio exterior.

111. El recurrente argumentó, además, que en el análisis jurídico contenido en la Resolución materia de impugnación se asevera que las disposiciones normativas contenidas en la legislación aduanera vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión tenían fines comerciales, lo cual es incorrecto por dos motivos:
- a) Los Decretos Legislativos N° 809³⁹ y N° 951⁴⁰ se emitieron para salvaguardar el fisco nacional, el cual era el bien jurídico protegido, el mismo que no podía verse afectado por la actividad económica de los operadores del comercio exterior, y no para fines comerciales.
 - b) En el análisis del Regulador se afirma que la carga que arribaba al puerto administrado por Enapu tenía meros fines comerciales; no obstante, a su entender, ello no es correcto pues si existía una discrepancia entre el registro de volumen y peso con los datos detectados por el terminal extraportuario, el transportista o su representante era pasible de una infracción aduanera por no rectificar el peso declarado en la Nota de Tarja frente al obtenido dentro de sus instalaciones del almacén.

Indicó además que dicho razonamiento ha sido desarrollado en dos (2) fallos del Tribunal Fiscal (RTF N° 1447-A-2004 y RTF N° 10385-A-2010), en donde se evidencia la relevancia del peso y volumen consignado hasta en tres momentos: (i) en la Nota de Tarja, después de la descarga de la mercancía; (ii) en las balanzas del puerto, tanto al ingreso como a la salida del medio de transporte; y, (iii) en el almacén extraportuario.

112. Peruquimicos manifestó también que la actividad económica del Concesionario está condicionada al cumplimiento de legislación de índole variada (tributaria, regulatoria, aduanera, administrativa, entre otras) que deben ser asumidas por este, por lo que es un despropósito que el Concesionario pretenda trasladar el costo de la ejecución de la actividad denominada “Transmisión Electrónica de la Nota de Tarja” hacia los usuarios toda vez que dicha prestación tiene como fuente un mandato legal expreso; asimismo, agrega que en virtud al vínculo contractual entre los usuarios y el Concesionario para la prestación del Servicio Estándar, el operador portuario: (i) está obligado a prestar dicho servicio, el mismo que culmina con el retiro de la carga fuera del puerto; y, (ii) está legitimado a recibir, como única contraprestación, la tarifa regulada, por tal razón, el cobro por la realización de la actividad denominada “Transmisión Electrónica de la Nota de Tarja” es ilegal.

Opinión de DPWC

113. El Concesionario indica que mediante el Servicio Adicional se obtiene información a fin de que el transportista cumpla con transmitir a Aduanas o registrar en el portal web de la Sunat la información de la nota de tarja conforme a los numerales 24 y 25 del literal A del Acápito VII de la Resolución N° 500-2010/SUNAT/A y el artículo 161 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, siendo que la Nota de Tarja no sólo es importante para materializar el traslado de responsabilidad aduanera del transportista al dueño o consignatario o al almacén aduanero (numeral 22 del literal A del Acápito VII de la citada resolución de la Sunat y el artículo 156 del referido Reglamento), sino porque constituye un documento para el control de la mercancía por parte de la Autoridad Aduanera.
114. Conforme al artículo 169⁴¹ del Código Civil, la Cláusula 8.14 que establece que DPWC se encargará de la descarga desde el atraque de la nave hasta la entrega del contenedor, así

al Ministerio de Transportes y Comunicaciones

³⁹ Ley General de Aduana, publicada el 19 de abril de 1996.

⁴⁰ Decreto Legislativo que modifica la Ley General de Aduanas, publicada el 3 de febrero de 2004.

⁴¹ “Interpretación sistemática

Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las

como cualquier gasto administrativo que implique la prestación del Servicio Estándar, debe ser interpretada sistemáticamente con la sección específica del Contrato de Concesión relativa a los servicios a la carga, la cual sólo regula los servicios de tracción, manipuleo y pesaje, al costado de la nave. De igual forma, en concordancia con el artículo 168⁴² del Código Civil, los “*liner terms*” que guían el mercado de tráfico portuario y que están vinculados al Servicio Estándar, no incluyen los servicios solicitados por aduanas.

115. Si bien el Servicio Adicional se creó con la entrada en vigencia de la Resolución N° 066-2010/SUNAT/A, esto es, posterior a la firma del Contrato de Concesión, dicha regulación no ha modificado el contrato, sino que debe ser interpretada en consonancia con el mismo, por lo que: (i) se debe tener en cuenta que no existe norma legal que obligue a DPWC asumir el costo del Servicio Adicional; y, (ii) el Servicio Estándar incluye una serie taxativa de actividades (desestiba, tracción, manipuleo, y un pesaje y almacenaje), siendo que los costos operativos y administrativos que debe asumir DPWC según el Contrato de Concesión deben estar relacionados con dichas actividades, por lo que al no tener relación el Servicio Adicional con las mismas, este no es un costo operativo o administrativo del Servicio Estándar, indicando que ello fue compartido por APN con el Informe N° 273-2011-APN/UAJ.
116. Señala que todos los servicios que brinda DPWC deben ser remunerados, sea que tales servicios se originen en la necesidad de cumplir con ciertas obligaciones aduaneras o no. Asimismo, el origen del referido cobro es el Contrato de Concesión y no las normas aduaneras; de igual modo, el Contrato de Concesión contempla únicamente un servicio de pesaje como parte del Servicio Estándar, de modo que cualquier pesaje adicional que se brinde, otorga a DPWC el derecho de cobrarlo como un Servicio Especial.
117. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley General de Aduanas, DPWC no es considerado un operador de comercio exterior, así como tampoco se dedica a realizar actividades de importación, exportación o similares relacionadas a cualquier régimen aduanero, ni se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley, por lo que la interpretación propuesta por Peruquimicos carece de sustento legal y pretende una interpretación en la que DPWC debe hacerse responsable de los costos que originen la prestación de los servicios que coadyuven a los usuarios a cumplir sus obligaciones aduaneras.

Comentario de la APN

118. La APN indica que, de acuerdo con lo señalado por el Ositrán, el Servicio Adicional prestado a la salida del terminal surge o se justifica de una obligación aduanera (numeral 20 de la sección VII del Procedimiento General de Manifiesto de Carga Versión 5, aprobado por Resolución N° 500-2010-SUNAT-A); no obstante, el cumplimiento de dicha obligación corresponde al Terminal Portuario, por lo que no es correcto que el costo de dicho cumplimiento sea trasladado a los usuarios mediante un servicio especial que no ha sido solicitado por ellos.

Posición de las Gerencias

119. Al respecto, como se señaló anteriormente en el acápite denominado “*B.1.1. Sobre aspectos técnicos del Servicio Estándar y del Servicio Especial*”, la prestación del Servicio Adicional en cuestión se efectúa -desde el inicio de su prestación hasta la fecha de emisión del presente informe- al costado de la nave después del inicio del desembarque de la mercancía, la cual comprende los servicios de realización de un pesaje adicional y una verificación de precintos⁴³.

dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”

⁴² “Interpretación objetiva

Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”

⁴³ De acuerdo al tarifario de DPWC versión 2021-3 vigente a la fecha de emisión del presente informe, el cual se encuentra en los mismos términos desde el inicio de su prestación:

“Verificación adicional de datos del contenedor. (n18)

120. Asimismo, se debe tener presente que el alcance del Servicio Estándar fue sujeto de cuestionamiento por parte de determinados usuarios con la entrada en vigencia de la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N° 066-2010/SUNAT/A⁴⁴ que aprobó el Procedimiento General de Manifiesto de Carga (versión 04), mediante la cual se estableció lo siguiente:

“A. TRANSMISIÓN ELECTRÓNICA O REGISTRO EN EL PORTAL WEB DE LA SUNAT RESPECTO DEL PROCESO DE MANIFIESTO DE CARGA DE INGRESO

(...)

Entrega de mercancías al dueño o consignatario, o al almacén aduanero en el punto de llegada

16. Para la entrega o traslado de las mercancías, el punto de llegada comprende los puertos, terminales de carga del transportista aéreo autorizados por la SUNAT para operar como depósitos temporales, los puestos de control en frontera y los almacenes aduaneros.

17. La mercancía descargada en el puerto o terminal de carga del transportista aéreo es entregada por el transportista al dueño o consignatario, cuando cuente con declaración aduanera de mercancías sujeta a un despacho anticipado, sin obligatoriedad de su traslado a otros recintos que no sean considerados puntos de llegada.

(...)

19. El traslado de la mercancía del terminal portuario, terminal de carga del transportista aéreo o puesto de control en frontera al almacén aduanero debe realizarse en contenedores

(...)

(n18): Incluye la verificación física de los números de contenedores, la preexistencia de precintos a la descarga, el número de precintos (máx. 2), el peso a la descarga (adicional al peso a la salida), verificación de la condición física del contenedor a la descarga, registro de particularidades, e información adicional requerida por el transportista para el envío de la nota de tarja a aduanas. Este servicio es adicional al proceso de verificación normal que se lleva a cabo en la puerta de salida y cuyo costo ya está incluido en la tarifa por Servicio Estándar. Incluye la provisión y colocación del precinto provisional en caso de arribo con precinto faltante - sin perjuicio de los inventarios y trámites adicionales que puedan requerirse.”

(Subrayado y énfasis agregado)

⁴⁴ Dicha resolución se emitió de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo N.º 10-2009-EF, que establece que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT aprobará los procedimientos, circulares y otros documentos necesarios para la aplicación de lo dispuesto en la Ley General de Aduanas y su Reglamento.

Asimismo, es preciso indicar que regulación establecida en la resolución en cuestión, recogió lo previsto en la nueva Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1053 (LGA), y su Reglamento aprobado Decreto Supremo N.º 10-2009-EF, por cuyas partes pertinentes se citan a continuación:

LGA:

“Art. 113.- Entrega de las mercancías y traslado de la responsabilidad

La compañía transportista o su representante entrega las mercancías en el punto de llegada sin obligatoriedad de su traslado temporal a otros recintos que no sean considerados punto de llegada.

La responsabilidad aduanera del transportista cesa con la entrega de las mercancías al dueño o consignatario en el punto de llegada.

(...)

Art. 116.- Transmisión de la tarja

Entregadas las mercancías en el punto de llegada, el transportista es responsable de la transmisión de la nota de tarja, en la forma y plazo establecido en el Reglamento.

Cuando las mercancías son trasladadas a un almacén aduanero y se trate de carga consolidada, este será responsable de la transmisión de la tarja al detalle, lista de bultos o mercancías faltantes o sobrantes, actas de inventario de aquellos bultos arribados en mala condición exterior, en la forma y plazo establecido en el Reglamento.

(El subrayado es nuestro)

Reglamento:

Art. 156.- Constancia del traslado de la responsabilidad

Como constancia del traslado de la responsabilidad aduanera se suscribe la respectiva nota de tarja entre los operadores intervinientes y en caso corresponda, la relación de bultos sobrantes o faltantes, el acta de inventario de la carga arribada en mala condición exterior o con medidas de seguridad violentadas.

(...)

Art. 158.- Transmisión de la nota de tarja

El transportista o su representante en el país transmite por medios electrónicos la nota de tarja desde el inicio de la descarga y hasta el plazo de ocho (8) horas siguientes al término de la misma.

(El subrayado es nuestro)

precintados o en unidades de transporte que cuenten con las medidas de seguridad que la autoridad aduanera determine.

Emisión de la nota de tarja

20. El transportista conjuntamente con el dueño o consignatario o con el almacén aduanero, en el momento de la descarga suscriben la nota de tarja como constancia de la entrega de la carga y traslado de la responsabilidad aduanera.

21. La nota de tarja actualiza pesos y bultos y contiene la especificación de la carga (carga en contenedor, bultos sueltos, a granel, rodante, etc.) conforme se recepciona.

(...)

Transmisión o registro en el portal web de la SUNAT de la nota de tarja

23. El transportista transmite o registra en el portal web de la SUNAT la información de la nota de tarja, a partir de la descarga de la mercancía y hasta las ocho (8) horas siguientes al término de la descarga. La nota de tarja se transmite o registra por documento de transporte, contenedor o bulto.

24. En la vía marítima y aérea para la salida de la mercancía del puerto o del terminal de carga del transportista aéreo, respectivamente, se debe transmitir o registrar la nota de tarja previamente al retiro de la mercancía de dichos recintos.

(...)"

(Subrayado agregado)

121. Conforme con la norma antes indicada, se estableció que el transportista debía transmitir la nota de tarja a partir de la descarga de la mercancía y hasta ocho (8) horas siguientes del término de la misma, siendo preciso indicar que para la elaboración de la nota de tarja se debe consignar en dicho documento, entre otros conceptos, el número de precinto y el peso de la mercancía. Es a partir justamente de dichas obligaciones aduaneras que se debe contar con la información de pesaje y una verificación de precintos al costado de la nave para poder elaborar dicha nota de tarja.
122. Es preciso indicar que, antes de la emisión de la referida resolución de aduanas, se encontraba vigente el Procedimiento General de "Manifiesto de Carga" (versión 03) aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas N.º 000541-2003/SUNAT/A⁴⁵, en donde se establecía que la elaboración de la nota de tarja se realizaba en los almacenes aduaneros, no en el terminal portuario, como se apreciaba a continuación:

"Entrega de Mercancías al Almacén Aduanero

15. Las mercancías son entregadas dentro de las 24 horas siguientes al término de la descarga por los transportistas o sus representantes en el país a los almacenes aduaneros para el proceso de tarja, caso contrario se aplica la sanción a la infracción prevista en el numeral 5), inciso a) del artículo 103º de la Ley General de Aduanas.

(...)

XI DEFINICIONES Y ABREVIATURAS

Nota de Tarja.- Documento que formulan conjuntamente el transportista con el almacenista, durante la verificación de lo consignado en el manifiesto de carga, el documento de transporte y las mercancías entregadas al Almacén, registrando las observaciones pertinentes."

(El subrayado es nuestro)

123. Teniendo en claro ello, se puede verificar que, por exigencia de la señalada normativa aduanera, para la remisión de la nota de tarja es necesario contar con la información de pesaje y de verificación de precintos al momento de la descarga (costado de la nave).
124. Ahora bien, habiendo identificado que la variación de la normativa aduanera generó este cuestionamiento, resulta importante verificar quién efectúa la mencionada obligación

⁴⁵ La regulación establecida en dicha resolución se encontraba en congruencia con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 129-2004-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Aduanas, la misma que establecía lo siguiente:

"Artículo 35.- Las compañías transportadoras serán responsables de las mercancías hasta su entrega a los almacenes aduaneros. Las mercancías deberán ser entregadas y recepcionadas al término de la descarga y como constancia se confeccionará una lista de bultos o mercancías faltantes o sobrantes, la que junto con la respectiva nota de tarja serán suscritas por el transportista y el almacenista."

(El subrayado es nuestro)

aduanera; esto es, quién era el responsable de enviar la información de pesaje y verificación de precinto, esto es, quien es el responsable de transmitir la nota de tarja que se efectúan al costado de la nave, ello en el marco del proceso de la descarga de contenedores que, conforme al Contrato de Concesión comprende desde el amarre de la nave hasta el retiro del contenedor por el usuario.

125. Es relevante manifestar que, para la evaluación de lo argumentado por Peruquimicos en este extremo, se considerará la normativa aduanera vigente al momento de la comisión de los hechos que dieron lugar al procedimiento de interpretación contractual. Sin perjuicio de ello, no debe perder de vista que, lo que es materia del procedimiento de interpretación no es la norma de índole aduanera, sino el Contrato de Concesión, siendo que la cláusula que fue materia de interpretación no ha variado en el tiempo en estos aspectos.
126. En ese sentido, dado que el caso concreto son actividades que se llevan a cabo dentro del marco del proceso de descarga que se realiza en el TMS, se considera adecuado que el periodo de análisis de evolución normativo aduanera se realice desde el año 2006 – fecha en la que suscribió el Contrato de Concesión- hasta la fecha de emisión del presente informe, a fin de verificar si el agente responsable de las obligaciones aduaneras vinculadas al Servicio Adicional ha ido variando en el tiempo.

De la evolución de la normativa aduanera

127. En primer término, es relevante considerar para el presente análisis cuáles son los actores que participan en los procesos de descarga de mercancías en los terminales portuarios conforme a la normativa aduanera, para luego determinar las obligaciones aduaneras relativas al Servicio Adicional.

I. De los Operadores del Comercio Exterior

128. En los procesos de descarga de mercancías en los terminales portuarios intervienen varios actores de comercio internacional, que para efectos de la normatividad aduanera son denominados operadores de comercio exterior, los cuales son:

➤ Transportista o su representante en el país

El transportista es quien realiza el transporte marítimo internacional de carga. En el Perú actúa representado por su agente marítimo para todos los efectos legales, incluidos los aduaneros. El agente marítimo es quien recibe todos los requerimientos de cualquier autoridad.

El agente marítimo es quien, en estricto, es considerado un operador de comercio exterior, y a quien la autoridad aduanera le otorga la autorización como tal. En tal sentido, el Decreto Supremo N° 10-99- MTC lo define como:

“Agencias Marítimas, Fluviales y Lacustres

Artículo 6.- *Las Agencias Marítimas, Agencias Fluviales y Agencias Lacustres, son personas jurídicas constituidas en el país conforme a ley, que, por cuenta o delegación del capitán, propietario, armador, fletador u operador de nave mercante o Agencia General se encuentran en capacidad de cumplir una o varias de las siguientes actividades:*

- a) Operaciones de recepción, despacho y avituallamiento de naves mercantes y de pasajeros; trámites para el movimiento de tripulación, pasajeros y carga; y, en general, atender a las naves en todos sus requerimientos desde su recepción hasta el zarpe de estas;*
- b) Operaciones portuarias conexas a las indicadas en el inciso precedente;*
- c) Practicar las diligencias necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de las autoridades competentes, en el ejercicio de sus atribuciones;*
- d) Emitir, firmar y cancelar, por cuenta y en nombre de sus principales, los conocimientos de embarque y demás documentos pertinentes.*
- e) Designar a las empresas de estiba, en los puertos nacionales donde arriben las naves mercantes que agencien; y,*

f) Otras que pudiera encomendarle el capitán propietario, armador, fletador u operador de la nave o el Agente General.

Artículo 7.- Toda nave mercante de bandera, nacional o extranjera, estará obligatoriamente representada por una Agencia Marítima, Fluvial o Lacustre, según corresponda y debidamente autorizada por la Dirección General, en los puertos de la República donde arribe, la que tendrá la calidad de representante del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave que agencie.

Artículo 8.- Es además inherente a las Agencias Marítimas, Fluviales y Lacustres la representación judicial del capitán, propietario, naviero, armador, fletador u operador de la nave o naves que agencie; personería procesal que es activa y pasiva, con las facultades generales y especiales del mandato judicial.

Artículo 9.- Las Agencias Marítimas, Fluviales y Lacustres instruirán al propietario, armador, fletador u operador, que sus naves deben estar cubiertas por un seguro de protección e indemnización (P&I), para cubrir los riesgos en que puedan incurrir, durante sus operaciones, en los puertos donde arriben.⁴⁶

Asimismo, la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053, define al transportista de la siguiente forma:

“Artículo 19.- Operador de comercio exterior

Son operadores de comercio exterior:

(...)

b) **El transportista o su representante en el país.** Es el que presta el servicio de traslado internacional de pasajeros y mercancías, o que tiene el mando del transporte o la responsabilidad de este, y que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

(...)”

➤ **Agencias de carga internacional**

El agente de carga internacional tiene como principal función el transporte de carga desde y hacia cualquier parte del mundo, habitualmente cuentan con una red de oficinas a nivel internacional propias o asociadas para el embarque o recepción de la carga, tercerizan los servicios de las compañías navieras o aerolíneas, puede consolidar o desconsolidar carga.

El agente de carga internacional estuvo regulado por la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N° 1053, en la que se define como:

“Artículo 19.- Operador de comercio exterior

Son operadores de comercio exterior:

(...)

d) **El agente de carga internacional.**

Es el que realiza y recibe embarques, consolida y desconsolida mercancías y emite los documentos propios de su actividad, que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

(...)”

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 025-2019-MTC que modifica el reglamento de la Ley 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, modificada por la Ley N° 29475, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2011- MTC, lo define como:

“Artículo 72.- Autorización de Agentes de Carga Internacional

72.1 Los Agentes de Carga Internacional o Transitarios son las personas naturales o jurídicas que cuentan con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para realizar y recibir embarques, consolidar y desconsolidar mercancías, y emitir conocimientos de embarque, certificados de recepción y otros documentos propios de su actividad.

La autorización que otorga el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a los Agentes de Carga Internacional no los exime a éstos de obtener la autorización ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria

⁴⁶ No debe confundirse al agente marítimo con el agente general, ya que este último es el representante comercial del transportista.

(SUNAT) para realizar las operaciones o actividades aduaneras, en el marco de la normativa de la materia.”⁴⁷

➤ Almacén aduanero

Los Almacenes Aduaneros son locales destinados a la custodia temporal de las mercancías mientras se solicita su despacho, cuya administración puede estar a cargo de la autoridad aduanera, de otras dependencias públicas o de personas naturales o jurídicas, entendiéndose como tales a los depósitos temporales. Estos están regulados en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto legislativo N° 1053 y su Reglamento aprobado por medio del Decreto Supremo N° 10-2009-EF:

Ley General de Aduanas

“Artículo 19.- Operador de comercio exterior

Son operadores de comercio exterior:

(...)

e) *El almacén aduanero Es el que presta el servicio de almacenamiento temporal de mercancías para su despacho aduanero, entendiéndose como tales a los depósitos temporales y depósitos aduaneros.*

(...)”

Reglamento de la Ley General de Aduanas

“Artículo 12.- Obligaciones específicas del almacén aduanero

Los almacenes aduaneros pueden almacenar en cualquiera de los lugares o recintos autorizados mercancías extranjeras, nacionalizadas y nacionales.

Se consideran depósitos flotantes a los almacenes aduaneros que están ubicados en buques tanques o artefactos navales como barcasas, tanques flotantes u otros. La Administración Aduanera regula la aplicación y el control de lo dispuesto en el presente artículo.”

129. Ahora bien, teniendo en claro cuáles son los actores del comercio exterior, es necesario identificar las obligaciones aduaneras que tiene el transportista respecto al alcance del Servicio Adicional, las cuales se mencionan a continuación:

II. De las obligaciones aduaneras relativas al Servicio Adicional

130. Desde el año 2006 la normativa aduanera ha ido cambiando en el tiempo, por lo que resulta pertinente aproximarse al rol que cumplía el transportista de carga y sus obligaciones aduaneras vinculadas a las actividades del Servicio Adicional.
131. En efecto, se puede afirmar que desde la emisión del Decreto Legislativo N° 951, la obligación de transmisión de la nota de tarja de la descarga de la mercancía se encontraba a cargo del transportista. Asimismo, conforme al artículo 116 de la Ley General de Aduanas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1053 - publicado el 27 de junio de 2008-, se mantiene vigente la responsabilidad aduanera del transportista de la transmisión de la nota de tarja como puede observarse de la cita siguiente del referido artículo:

“Artículo 116.- Transmisión de la nota de tarja

Entregadas las mercancías en el punto de llegada, el transportista es responsable de la transmisión de la nota de tarja, en los casos, forma y plazo establecidos en el Reglamento.

Cuando las mercancías son trasladadas a un almacén aduanero y se trate de carga consolidada, éste será responsable de la transmisión de la tarja al detalle, lista de bultos o mercancías faltantes o sobrantes, actas de inventario de aquellos bultos arribados en mala condición exterior, en la forma y plazo establecido en el Reglamento.”

(Subrayado y énfasis agregado)

132. En esa línea, dicha obligación a cargo del transportista se ha mantenido a lo largo de las modificaciones del Reglamento de la Ley General de Aduanas, de acuerdo con el siguiente detalle:

DECRETO SUPREMO N° 011-2005-EF Vigente desde 26/01/2005 hasta 15/01/2009	DECRETO SUPREMO N° 010-2009-EF Vigente hasta la fecha	DECRETO SUPREMO N° 245-2013-EF	Decreto Supremo N° 163-2016-EF
Artículo 32.- La responsabilidad del transportista o su representante en el país por los bultos y/o mercancías a granel manifestados, concluirá con la entrega a los almacenes aduaneros o a los dueños o consignatarios. Dicho artículo fue modificado por el Decreto Supremo N° 022-2008, quedando redactado en los siguientes términos: Artículo 32.- La responsabilidad del transportista o su representante en el país por los bultos y/o mercancías a granel manifestados, concluirá con la entrega al Punto de Llegada y <u>la confección de la nota de tarja</u>, o con la entrega a los dueños o consignatarios, según corresponda.	Artículo 158.- Transmisión de la nota de tarja El transportista o su representante en el país transmite por medios electrónicos <u>la nota de tarja desde el inicio de la descarga y hasta el plazo de ocho (8) horas siguientes al término de esta.</u>	Artículo 158.- Transmisión de la nota de tarja En todos los casos, el transportista o su representante en el país, transmite por medios electrónicos <u>la nota de tarja, desde el inicio de la descarga y hasta el plazo de ocho (8) horas siguientes al término de la misma."</u> La Administración Aduanera publicará en su portal las vías de transporte y jurisdicciones en las que cuenta con la información de la nota de tarja, a efectos que los transportistas o sus representantes que operan en las referidas jurisdicciones queden eximidos de transmitir esa información.	Artículo 146.- Plazos para la transmisión de información de los actos relacionados con el ingreso de mercancías y medios de transporte, a cargo del transportista o su representante en el país El transportista o su representante en el país transmite la información de los actos relacionados con el ingreso de las mercancías que arriban por vía marítima, fluvial y aérea, en los siguientes plazos: a) Llegada del medio de transporte y solicitud de autorización de la descarga, antes de la llegada del medio de transporte; b) <u>Descarga de la mercancía, con la indicación del receptor de la carga, desde su inicio hasta el plazo de ocho (8) horas siguientes a su término;</u> c) Término de la descarga del medio de transporte dentro del plazo de seis (6) horas siguientes a su ocurrencia; e, d) Inventario de la carga arribada en mala condición exterior o con medidas de seguridad violentadas, dentro de los dos (2) días siguientes al término de la descarga. Adicionalmente, en la vía aérea, el terminal de carga del transportista aéreo transmite la solicitud de traslado de carga por zona secundaria, Dicho artículo fue modificado por el Decreto Supremo N° 367-2019-EF, quedando redactado en los siguientes términos: "Artículo 146. Plazos para la transmisión de información de los actos relacionados con el ingreso de mercancías y medios de transporte, a cargo del transportista o su representante en el país El transportista o su representante en el país transmite la información de los actos relacionados con el ingreso de mercancías que arriben por vía marítima, fluvial y aérea en los siguientes plazos: a) Llegada del medio de transporte y solicitud de autorización de la descarga,

DECRETO SUPREMO N° 011-2005-EF Vigente desde 26/01/2005 hasta 15/01/2009	DECRETO SUPREMO N° 010-2009-EF Vigente hasta la fecha	DECRETO SUPREMO N° 245-2013-EF	Decreto Supremo N° 163-2016-EF
			hasta sesenta minutos siguientes a su ocurrencia. Su registro autoriza la descarga. <u>b) Descarga de la mercancía, con la indicación del receptor de la carga, hasta ocho horas siguientes al término de la descarga del medio de transporte;</u> c) Término de la descarga del medio de transporte dentro del plazo de seis horas siguientes a su ocurrencia; d) Inventario de la carga arribada en mala condición exterior o con medidas de seguridad violentadas, dentro de los dos días siguientes al término de la descarga. Adicionalmente, en la vía aérea, el terminal de carga del transportista aéreo transmite la solicitud de traslado de carga por zona secundaria, hasta antes de la salida de la carga del aeropuerto.”

133. Como se observa, desde la emisión del Decreto Supremo N° 011-2005-EF, ya se establecía que la nota de tarja sea suscrita por el transportista y consignatario⁴⁸ dentro de las veinticuatro (24) horas contadas desde el término de la descarga, lo cual se efectuaba a través de un documento físico. Posteriormente, el artículo 32 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, modificado por el Decreto Supremo N° 022-2008-EF, hacía mención al mecanismo de entrega de la carga por parte del transportista en el punto de llegada al consignatario y la firma de la nota de tarja. Por medio del Reglamento de la Ley General de Aduanas aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2009-EF se estableció la transmisión de la nota de tarja de manera electrónica, correspondiendo igualmente el cumplimiento de dicha obligación al transportista.
134. Estando a ello, de acuerdo con la normativa aduanera vigente al momento de la comisión de los hechos que dieron lugar al procedimiento de interpretación contractual en cuestión, se aprecia que la obligación aduanera **de transmisión de la nota de tarja al inicio de la descarga de la mercancía**, en la que se debe consignar, entre otros conceptos, **el peso bruto de la carga y la numeración de los precintos**, es una obligación que corresponde sea cumplida por el transportista, no apreciándose que los administradores portuarios tengan que cumplir con dicha obligación, lo cual se mantiene a la fecha de emisión del presente informe⁴⁹.

⁴⁸ El mismo se encuentra definido por el Decreto Legislativo N° 1053 en los siguientes términos:

Artículo 2.- Definiciones

Para los fines a que se contrae el presente Decreto Legislativo se define como:

(...)

Consignatario.- Persona natural o jurídica a cuyo nombre se encuentra manifestada la mercancía o que la adquiere por endoso del documento de transporte.

(...)”

⁴⁹ Es preciso indicar que, de manera posterior a la normativa vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia del presente caso, la denominación de la obligación de la transmisión de la nota de tarja se mantuvo hasta la emisión del Decreto Legislativo N° 1235 -el cual modificó el Decreto Legislativo N° 1053- publicado el 26 de septiembre de 2015 y que entró en vigencia el 28 julio de 2016, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 3.- Eliminación de las definiciones de “Nota de tarja” y de “Tarja al detalle” del artículo 2 y del numeral 4 del inciso b) del artículo 195 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1053.

Elimínese las definiciones de “Nota de tarja” y de “Tarja al detalle” del artículo 2 y el numeral 4 del inciso b) del artículo

135. Considerando lo anteriormente reseñado, respecto al argumento de Peruquimicos relativo a que la obligación de transmitir la nota de tarja -por la cual se efectúa el Servicio Adicional- corresponde ser asumida por el Concesionario, debe ser desestimada, toda vez que, como ha quedado demostrado a lo largo del presente acápite, la obligación de efectuar la transmisión de la nota de tarja a la descarga de la mercancía no corresponde que sea cumplida por el Concesionario, sino más bien por el transportista que realiza el transporte marítimo internacional de la carga.
136. En cuanto al argumento formulado por Peruquimicos referido a que a que la Sunat determinó que la prestación del Servicio Adicional es necesaria para llevar a cabo el despacho aduanero de mercancías (Procedimiento General – Importación para Consumo INTA-PG.01-A), debemos manifestar que, independientemente de la modalidad aduanera de despacho que elijan los Usuarios del TMS, la obligación de transmitir la nota de tarja a la descarga de la mercancía, en la que se consigna la información del peso y precintos, es del transportista, por lo que carece de asidero lo argüido por el recurrente.
137. Asimismo, respecto a lo manifestado por la APN concerniente a que Servicio Adicional prestado a la salida del recinto portuario surge de una obligación aduanera prevista en el numeral 20 de la sección VII del Procedimiento General de Manifiesto de Carga Versión 5, aprobado por Resolución N° 500-2010-SUNAT-A, cuyo cumplimiento corresponde al Concesionario, debemos señalar que lo comentado no es correcto, puesto que parte de la premisa de que el Servicio Adicional es el que se efectúa a la salida del terminal, siendo que, tal como se ha indicado previamente, las actividades de pesaje y revisión de precintos que se efectúan a la salida del Terminal Portuario son las que se encuentran incluidas en la tarifa del Servicio Estándar. Por el contrario, el pesaje y la revisión de precintos que se realizan al costado de la nave son los que forman parte del Servicio Adicional prestado por el Concesionario, y son actividades que se llevan a cabo a efectos de que se pueda cumplir con la obligación aduanera de transmitir la nota de tarja a la descarga de la mercancía la cual, como ha quedado demostrado, es una obligación que se encuentra a cargo del transportista.
138. En tal sentido, deben desestimarse los argumentos presentados por Peruquimicos sobre este punto.

B.1.3. Sobre el despacho aduanero conforme al Procedimiento INTA-PE.01.17

139. Peruquimicos señaló que la cuestión controvertida es el cobro ilegal por parte del Concesionario respecto de las actividades comprendidas en el Servicio Adicional en tanto las mismas son realizadas antes del retiro de la carga del puerto, lo cual permite afirmar que dichas actividades deben estar comprendidas en el Servicio Estándar cuando estas son despachadas mediante un despacho anticipado en los términos del Decreto

195 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N° 1053. (vigente 28 de julio de 2016)”

Asimismo, con la emisión del Decreto Supremo N° 163-2016-EF se adecúa el concepto nota de tarja por **descarga de mercancías** en aplicación de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1235, como se aprecia en el artículo 146 establece que:

“Artículo 146.- Plazos para la transmisión de información de los actos relacionados con el ingreso de mercancías y medios de transporte, a cargo del transportista o su representante en el país

El transportista o su representante en el país transmite la información de los actos relacionados con el ingreso de las mercancías que arriban por vía marítima, fluvial y aérea, en los siguientes plazos:

(...)

b) Descarga de la mercancía, con la indicación del receptor de la carga, desde su inicio hasta el plazo de ocho (8) horas siguientes a su término;

(...)”

De igual modo, es importante mencionar que, con la emisión del Decreto Supremo N° 367-2019-EF, igualmente se mantiene la misma regla para la transmisión de descarga de mercancías.

Cabe precisar que, esta afirmación se corrobora con la emisión del Decreto Supremo N° 367-2019-EF (vigente desde 01 de enero del 2020) puesto a partir de la entrada en vigencia de esta, recién se genera una obligación aduanera similar para el Concesionario. No debe perderse de vista que, de acuerdo a lo descrito en el presente informe, esta obligación aduanera es paralela a la obligación aduanera que es asumida por el transportista.

Legislativo N° 1053; no obstante, la Resolución Impugnada enfocó su análisis en cómo opera la transmisión de responsabilidad aduanera en el marco de un despacho aduanero "normal" donde la mercancía pasaba a través de terminales extraportuarios previo a la obtención del levante aduanero, no siendo viable comparar el modelo logístico que comprende la salida de la carga hacia terminales extraportuarios versus el despacho anticipado donde las mercancías son de libre disposición por parte de los usuarios sin recurrir a operadores intermedios.

140. En esa línea, indica que el Ositrán debió analizar las referidas actividades que conforman el Servicio Adicional (verificación adicional de precintos y pesaje y transmisión de la nota de tarja) en el marco de un despacho aduanero conforme al Procedimiento INTA-PE.01.17 que regulaba el Sistema Anticipado de Despacho Aduanero de Importación Definitiva (numeral 18 de la Sección VII DESCRIPCIÓN), concordante con el Procedimiento General "Manifiesto de Carga" Versión 3 (numeral 15), vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, que habilitaba el traslado directo al local del importador sin tener que pasar por un terminal extraportuario, en lugar de contrastarlo o compararlo con el despacho aduanero regular (con participación de terminales extraportuarios), de manera que su análisis no es viable al no haber comparado los modelos de despacho análogos (el anticipado anterior versus el actual).

Posición de las Gerencias

141. En efecto, como se indicó previamente en la sección B.1.1 del presente informe, el pesaje y la verificación de precintos que se realizan a la salida del TMS son las actividades que forman parte del Servicio Estándar.
142. Ahora bien, debe indicarse que, la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión citada previamente determina el alcance del Servicio Estándar, el cual comprende las actividades necesarias para realizar el embarque o descarga de contenedores en el TMS, siendo en el caso de la descarga de contenedores que el Servicio Estándar incluye desde el amarre de la nave hasta el retiro de la carga por el Usuario. Dicho ello, debe notarse que el Servicio Estándar se brinda de manera independiente a la modalidad de despacho aduanero elegida por el Usuario para descargar su mercancía.
143. Considerando ello, independiente a la modalidad de despacho aduanero elegida por el Usuario, se debe tener igualmente presente que, tal como se indicó en el apartado B.1.2 del presente informe, de la revisión de la normativa aduanera, se verifica que el sujeto pasivo de la obligación aduanera de la transmisión de la nota de tarja a la descarga de la mercancía, en la cual se consigna, entre otros conceptos, el peso de la mercancía y la numeración del precinto, no es el Concesionario sino el transportista. Es decir, el transportista es el responsable de transmitir a la Sunat la información de peso y precintos registrada al momento de la descarga del contenedor, lo cual se ha mantenido desde la fecha de ocurrencia de los hechos materia del presente caso hasta la fecha de emisión del presente Informe.
144. Por lo antes expuesto, deben desestimarse los argumentos esgrimidos por el recurrente sobre este extremo.

B.1.4. Sobre la solicitud previa para la prestación de los Servicios Especiales

145. Peruquimicos manifiesta que la prestación del Servicio Especial debe estar precedida por la solicitud del usuario conforme a la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión. La referida exigencia constituye prueba de la manifestación de voluntad por parte de los usuarios la cual es una obligación contractual dispuesta en el Contrato de Concesión cuya importancia es relevante en la medida en que valida el cobro por los servicios en función a la carga realizados por la Entidad Prestadora.
146. Estando a ello, el recurrente aduce que el hecho que el Concesionario haya ejecutado las actividades comprendidas en el Servicio Adicional sin haber requerido las solicitudes de usuario indicadas en la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión, obedece a que las

referidas actividades son inherentes e imprescindibles al Servicio Estándar, puesto que su no realización impediría la salida de la mercancía del puerto, entendimiento que es validado por el Concesionario en vista de que desde el inicio de sus operaciones nunca requirió la presentación de las solicitudes de usuario para ejecutar las mencionadas actividades a pesar de la obligatoriedad expresa de dicho requisito de acuerdo al Contrato de Concesión, de manera que el Regulador, al haber concluido que el Servicio Adicional es un Servicio Especial, se altera la operatividad logística del Muelle Sur porque el Concesionario estaría obligado a requerir solicitudes de usuarios en todas las operaciones de despacho de mercancías, afectando los tiempos de trabajo portuario y el proceso logístico para la salida de la carga.

147. Asimismo, con fecha 21 de noviembre, en el marco de la absolución del traslado del recurso de reconsideración interpuesto por el Concesionario, Peruquimicos replicó los argumentos antes señalados.

Comentarios de Conudfi, Puryquímica y Desarrollos Químicos

148. Cabe indicar que los comentarios de Conudfi, Puryquímica y Desarrollos Químicos se encuentran en línea con lo manifestado por Peruquimicos, por lo que el análisis que se efectuará sobre lo argumentado por el recurrente aplicará también para lo indicado por dichas instituciones.

Opinión de DPWC

149. Si bien DPWC presta el Servicio Estándar a las naves para cumplir con el circuito logístico de la carga para su retiro, lo cierto es que dicho servicio se circunscribe a las actividades indicadas en la Cláusula 8.14, siendo que el resto de actividades que sean prestadas a la carga fuera de la definición del Servicio Estándar, son calificadas como Servicios Especiales, y sin mediar petición del usuario, este debe asumir el pago por ellos en cuanto son necesarios para completar el circuito logístico, por lo que el diseño del Contrato de Concesión, no exige una solicitud previa, sino que hace referencia a que cualquier usuario que lo solicite puede acceder a los Servicios Especiales, siendo una vez que el dueño de la carga contrata con la línea naviera y esta atraca en el Terminal Sur, se somete a la prestación del Servicio Estándar y los Servicios Especiales que tengan que ser prestados.

Comentarios de la APN

150. De acuerdo con las Cláusulas 1.20.88 y 8.15 del Contrato de Concesión, se considera a los Servicios Especiales como aquellos servicios que son solicitados por el usuario y libremente pactados por las partes, por lo que se infiere que en la prestación de los mismos existe un cierto grado de negociación; sin embargo, como se ha indicado en la Resolución Impugnada, a partir de la nueva legislación aduanera, han aparecido indicios que conllevarían a suponer que en la prestación del Servicio Adicional la referida negociación no sería posible, puesto que este se presta de manera obligatoria a todos los usuarios, no pudiéndose pactar libremente un precio por el servicio.

Posición de las Gerencias

151. Con relación a los argumentos antes señalados, debe indicarse que la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión establece lo siguiente respecto del alcance de los Servicios Especiales:

“SERVICIOS ESPECIALES

- 8.15. *Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, el CONCESIONARIO está facultado a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Por los Servicios Especiales prestados, el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio.”*

[Subrayado agregado]

152. De acuerdo con la citada cláusula, DPWC está facultado a prestar los Servicios Especiales a todos los usuarios que lo soliciten. En ese sentido, en línea con lo manifestado por Peruquimicos y Conudfi, para la prestación de un Servicio Especial previamente el usuario debe solicitarlo al Concesionario. No obstante, la omisión de una solicitud expresa por parte del usuario no implica que el Servicio Adicional califique como parte del Servicio Estándar, puesto que, como se ha indicado previamente, el Servicio Adicional deviene de una obligación aduanera para el transportista (línea naviera o su representante).
153. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que, en adelante, el Concesionario deberá implementar un mecanismo que deje constancia que los usuarios, luego de tomar conocimiento de la obligación aduanera de transmitir información a Sunat al momento de la descarga de sus mercancías, solicitan el Servicio Adicional. Cabe mencionar que esta indicación se encuentra en línea con recientes pronunciamientos del Ositrán respecto de la calificación de Servicios Especiales en el Terminal Norte Multipropósito, tal como es el caso del servicio especial de Pre- Enfriado de contenedor vacío⁵⁰.

De los términos de la interpretación del Contrato de Concesión

154. Al respecto, se considera oportuno mencionar los términos de la interpretación del Contrato de Concesión conforme a lo expuesto a lo largo del presente Informe, esto es que el “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor” o Servicio Adicional en cuestión es el que se ejecuta al costado de la nave al momento de la descarga de la mercancía, mientras que, el Servicio Estándar se brinda a la salida del TMS.
155. Asimismo, se debe indicar que conforme al análisis normativo aduanero realizado, se verifica que la obligación aduanera de transmisión de la nota de tarja al inicio de la descarga de la mercancía -por la cual se efectúa el cuestionado Servicio Adicional-, en la que se debe consignar, entre otros conceptos, el peso bruto de la carga y la numeración de los precintos, es una obligación que corresponde sea cumplida por el transportista, no apreciándose que los administradores portuarios tengan que cumplir con dicha obligación, lo cual se mantiene a la fecha de emisión del presente informe.
156. En tal sentido, es claro que para casos como el presente se hace necesario analizar la normativa aduanera siendo que la misma tiene vinculación directa con los aspectos operativos portuarios, no ocurriendo lo mismo con criterios de índole regulatoria. De manera que, lo resuelto por la Resolución Impugnada referido a los términos de la interpretación de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión quedaría con la siguiente redacción:

“(…)

*De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, 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.***

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera, después de la suscripción del mencionado contrato de concesión, se realizan dentro del terminal una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

*La verificación de precintos y el pesaje que se realizan **a la salida del terminal** son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.*

⁵⁰ Ver Resolución de Consejo Directivo N° 0048-2019-CD-OSITRAN. En particular, en el Informe N° 132-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), el cual sustenta la referida resolución, se indica lo siguiente:

“32. En tal sentido, para que el Servicio Propuesto califique como Servicio Especial, el Concesionario deberá implementar algún mecanismo para que los Usuarios que movilizan carga en contenedores reefer señalen explícitamente que requieren la provisión del Servicio Propuesto en el eventual caso que su carga necesite ser desplazada de su contenedor hacia un contenedor vacío reefer debido a que la autoridad aduanera solicita llevar a cabo una inspección.”

*El pesaje y la verificación de precintos realizados **al costado de la nave** (incluidos en el denominado "Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor") no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, **siendo que los mismos se efectúan por exigencias de la normativa aduanera que corresponde ser asumida por un agente distinto al Concesionario**, constituyéndose en un Servicio Especial.
(...)"*

(Lo subrayado y en negrita es lo modificado)

B.2. De los argumentos presentados por DP World Callao S.R.L.

157. Sobre el particular, DPWC interpuso recurso de reconsideración parcial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN, debido a que, en su opinión, la misma habría vulnerado la obligación establecida en el numeral 5.4 del artículo 5 de la LPAG de mantener congruencia entre las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el procedimiento de interpretación y lo efectivamente resuelto por la mencionada resolución y el informe que la sustenta. En consecuencia, solicita la nulidad parcial de la Resolución Impugnada y de su informe de sustento por las causales establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la LPAG y además, en virtud a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la LPAG, se resuelva sobre el fondo, revocando los extremos del informe de sustento que es parte integrante de la Resolución Impugnada referidos al análisis de las condiciones de competencia del Servicio Adicional (el apartado VI.5, el numeral 2 del apartado VII, y el numeral 2 del apartado VIII).
158. Asimismo, el recurrente requiere que, una vez que se declare la mencionada nulidad, se corrija la Resolución Impugnada, emitiendo un acto donde se señale que no corresponde al Indecopi iniciar una investigación de las condiciones de competencia del Servicio Adicional. Asimismo, al amparo de lo establecido en el artículo 146 y en el numeral 216.2 de la LPAG, solicita al Consejo Directivo abstenerse de iniciar acciones destinadas a regular los Servicios Especiales en el TMS, así como también que dicho órgano colegiado o cualquier otro órgano de Ositrán se abstengan de solicitar al Indecopi opinión sobre las condiciones de competencia en la prestación del servicio señalado en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.
159. Como sustento de sus pretensiones, DPWC señaló que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 2.5 del Contrato de Concesión y en los artículos 10.3 y 11.3 de la LSPN, se reconoce el derecho del Concesionario a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos los servicios que se puedan brindar en el Terminal de Contenedores, observando los principios indicados en las Cláusulas 2.10 y 2.11 del Contrato de Concesión y en el artículo 14.3 de la LSPN en lo que resulten aplicables, ello también acorde con las Cláusulas 8.1, 8.15 y 1.20.77 del Contrato de Concesión, por lo que el Servicio Especial es facultativo y libre.

160. Asimismo, el Concesionario manifestó que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13⁵¹, 25⁵² y 35⁵³ del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, es su derecho que se respeten las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, especialmente las referidas a tarifas, precios, peajes y otros sistemas de recuperación de inversiones, por lo que el Ositrán, así como cualquier tercero, tienen la obligación de respetar el esquema económico previsto en el Contrato de Concesión, toda vez que éste constituye el mecanismo para que el Concesionario tenga la posibilidad de recuperar los recursos invertidos. Ello en línea con lo establecido en el artículo 12⁵⁴ del Reglamento General de Tarifas del Ositrán (en adelante, RETA)⁵⁵.
161. Cabe precisar que el argumento indicado en el párrafo precedente, fue replicado por el Concesionario en sus comentarios sobre el Informe Legal de Consultoría, señalando igualmente que, entre los documentos correspondientes al Libro Blanco, se encuentra el informe legal elaborado por el Estudio Roselló en donde se llegó a la conclusión que los términos contractuales respetaban la LSPN, siendo incluso que, en el Informe N° 007-06-GRE-OSITRAN se indicó que los servicios que están fuera del alcance del Servicio Estándar no estarían sujetos a ningún tipo de regulación.
162. Asimismo, indicó que la LSPN reconoce que los servicios portuarios pueden ser prestados: (i) fuera del régimen de libre competencia quedando sujetos al pago de tarifas y por ende regulación en la prestación del Servicio Estándar (artículo 13); y, (ii) dentro del régimen de libre competencia quedando sujetos al pago de precios y a las normas de libre competencia en la prestación de Servicios Especiales (artículo 14); por tanto, y en concordancia al artículo 21⁵⁶ de la LSPN, el Ositrán deberá supervisar el cumplimiento de las disposiciones del Contrato de Concesión.

⁵¹ “**Artículo 13.-** La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el Concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el Concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.

⁵² “**Artículo 25.-** La concesión*, se otorgará al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, entre otros, teniendo en consideración:

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso; y,
- g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

El organismo regulador correspondiente velará que se cumplan los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación, formulada de conformidad con los incisos a que se refiere este artículo, los que se incorporarán en el contrato de concesión.”

⁵³ “**Artículo 35.-** El Concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá en su caso, los mecanismos que aseguren al Concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El Concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno.

⁵⁴ “**Artículo 12. Tarifas Contractuales**

En los casos que los Contratos de Concesión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo competencia de OSITRAN, establezcan Tarifas aplicables a los servicios, mecanismos de reajuste tarifario o disposiciones tarifarias, corresponderá a OSITRAN velar por la correcta aplicación de las mismas en el marco de lo establecido en dichos contratos. Las reglas del presente Reglamento se aplicarán de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión.”

⁵⁵ Se hace referencia al RETA aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias. Cabe señalar que, a la fecha, se encuentra vigente una nueva versión del RETA, el cual fue aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2021-CD-OSITRAN.

⁵⁶ “**Artículo 21.-** Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público (OSITRAN)

21.1 Corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.

Sus funciones y responsabilidades las ejercerá procurando la eficiencia de las actividades y servicios portuarios; las necesarias garantías para los administradores, inversionistas y operadores; y en defensa de los usuarios finales. Para

163. De igual manera, manifiesta que otra norma relevante para el caso específico de los Servicios Especiales es la que se ocupa de reprimir las conductas contrarias a la libre competencia (Decreto Legislativo N° 1034), la cual garantiza que la libertad de precios no sea ejercida de manera abusiva, de manera que, si el Concesionario incurre en alguna práctica anticompetitiva por la prestación de Servicios Especiales, corresponderá a Indecopi tomar las acciones legales que resulten aplicables, y no a Ositrán iniciar un procedimiento de regulación tarifaria, el cual el contrato ha restringido al caso de los Servicios Estándar. No obstante, el Concesionario señala, con relación a sus comentarios al el Informe Legal de Consultoría, que el Contrato de Concesión no menciona en modo alguno la intervención de Indecopi como entidad que deba pronunciarse sobre la existencia o no de competencia a fin de modificar el régimen de tarifas y precios de manera expresa en el Contrato de Concesión.
164. Asimismo, el Concesionario en el marco de sus comentarios al el Informe Legal de Consultoría aduce que, en el Contrato de Concesión, los Servicios Estándar deben ser prestados obligatoriamente a todo usuario que los solicite y se pagan mediante una tarifa (regulada), mientras que para los Servicios Especiales existe una facultad para prestarlos, pagándose mediante un precio que no estará sometido a regulación.
165. Por otro lado, el Concesionario alegó que, de acuerdo con el principio de supletoriedad regulado en el artículo 11 del REGO, fuera del ámbito de competencia del Regulador las normas de libre competencia serán las normas aplicables, de manera que al tratarse de Servicios Especiales que están sujetos a libertad de precios, ni el Contrato ni las leyes aplicables faculta a Ositrán la regulación de dichos servicios, sino que serían aplicables las leyes de libre competencia (Decreto Legislativo N° 1034) en caso DPWC infrinja las mismas durante la prestación de los referidos servicios.
166. Del mismo modo, el Concesionario indicó que la Resolución Impugnada encubre el inicio de una modificación al Contrato de Concesión, lo cual vulneraría dicho Contrato, dado que la Sección XVII limita esta posibilidad a supuestos específicos, los cuales se encontrarán condicionados a la observancia del procedimiento establecido en la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión y en el cual la participación del Regulador únicamente se da en tanto corresponda dar una opinión sobre los términos de la modificación contractual, siendo que dicha cláusula también propone una lista taxativa de supuestos en los que procede la modificación del Contrato de Concesión, siguiendo métodos de interpretación señalados en el Código Civil y recogidos en los “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión” de Ositrán. En su opinión, el Regulador pretendería regular los precios cobrados por DPWC por la prestación de los Servicios Especiales lo que supondría modificar el Contrato de Concesión, aspecto que no se encuentra dentro de las facultades del Ositrán y tampoco puede derivar de un procedimiento de interpretación contractual, siendo así ello debería ser materia de arbitraje conforme a las reglas previstas en la sección XVI del Contrato de Concesión.
167. Finalmente, DPWC indicó que, de acuerdo con lo señalado en el literal b) del artículo 7.1 de la Ley de Creación de Ositrán, el Regulador deberá respetar el régimen tarifario establecido en el Contrato de Concesión independientemente de que haya o no competencia, lo cual es ratificado por el artículo 25 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, en el que se aprecia que el Regulador es un garante del respeto de los términos contractuales y, en especial, de las condiciones económicas implantadas en el Contrato de Concesión. Por esta razón, señala el Concesionario, la interpretación plasmada en la Resolución Impugnada y en su informe de sustento, destinado a fijar tarifas a los Servicios

ello incide en la competitividad internacional de los puertos y propende a que los costos y tarifas guarden concordancia y los conceptos se homologuen con los que se cobran internacionalmente en los puertos más modernos y competitivos del mundo.

21.2 En materia de infraestructura de uso público que se regula en la presente Ley, conservando sus funciones normativas propias, OSITRAN delega sus funciones técnicas y las operativas a la Autoridad Portuaria Nacional, pudiendo revocar éstas para sí mediante acuerdo de su Consejo Directivo, aprobado por unanimidad. La razón de esta revocatoria será determinada por causa objetiva señalada en el Reglamento.”

Especiales es ilegal y motiva la nulidad parcial de dicha resolución, ya que, en su opinión, es claro que el Contrato de Concesión y las leyes aplicables a este establecen un régimen de libertad de precios para los Servicios Especiales.

Posición de las Gerencias

168. Con relación al argumento indicado por DPWC sobre la solicitud de nulidad parcial de la Resolución Impugnada en el extremo referido a la intervención del Indecopi para determinar si existe condiciones de competencia en la prestación del Servicio Adicional, es preciso acotar que esta entidad remitió al Indecopi el Oficio N° 060-11-GRE-OSITRAN, notificado el 07 de octubre de 2011⁵⁷, el mismo que fue atendido con fecha 13 de mayo de 2013 mediante Carta N° 282.2013/PRE-INDECOPI, la cual adjunta el Informe N° 013-2012/ST-CLC-INDECOPI.
169. Al respecto, es menester señalar que el Indecopi efectuó su evaluación considerando que el Servicio Adicional se ejecuta a la salida del terminal y no al costado de la nave, tal como se puede observar de las citas siguientes del Informe N° 013-2012/ST-CLC-INDECOPI:

“3.2 Descripción del servicio de verificación adicional de datos de contenedor

24. De acuerdo al Informe del Ositran, el servicio de verificación adicional de datos del contenedor en el TMS del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el TPC) está conformado por las actividades de verificación de precintos¹⁵ y pesaje¹⁶, **realizadas a la salida del contenedor del terminal**¹⁷ (...)

(...)

IV. CONCLUSIONES

El servicio de verificación adicional de datos de contenedor consiste en el pesaje y la verificación de precintos **realizados a la salida del contenedor del terminal**.

Este servicio forma parte del paquete de servicios portuarios que demandan los consignatarios de la carga para retirar el contenedor del terminal portuario, luego que es colocado al costado de la nave.

(...)

Considerando que los consignatarios de la carga no tienen una fuente alternativa de aprovisionamiento dentro del mercado relevante, **no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio de verificación adicional de datos de contenedor.**”

(Subrayado y énfasis agregados)

170. Teniendo en cuenta ello, es preciso advertir que la materia de análisis sobre la cual el Indecopi indicó que se pronunció, fueron las actividades de pesaje y verificación de precinto incluidas en el Servicio Adicional que se ejecutan a la salida del recinto portuario, y no a los que se realizan al costado de la nave. Es bajo este escenario que el Indecopi concluye que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio de Verificación adicional de datos del contenedor. La conclusión a la que arribó Indecopi es concordante con el hecho que dichas actividades ejecutadas a la salida del terminal, al formar parte del Servicio Estándar -tal como ha sido indicado a lo largo del presente informe-, se prestan en un escenario en el que no existen condiciones de competencia.
171. Siendo ello así, se aprecia que con el pronunciamiento del Indecopi la esfera jurídica del recurrente no ha sido alterada en la medida que las actividades que se realizan a la salida del terminal siguen formando parte del Servicio Estándar, de manera que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 120.1 del artículo 120 del TUO de la LPAG, sólo podría ejercerse la facultad de contradicción contra aquel acto que viole, afecte, desconozca o lesione un derecho o un interés legítimo, conforme se aprecia a continuación:

“Artículo 120.- Facultad de contradicción administrativa

120.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en

⁵⁷ Cabe resaltar que dicho requerimiento se efectuó con anterioridad al recurso de reconsideración interpuesto por DPW, el cual fue presentado el 20 de octubre de 2011.

esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.
(...)"

(Subrayado agregado)

172. Sobre ello, es conveniente remitirnos a la "Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano" cuya parte pertinente se cita a continuación:

"La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo. Asimismo, no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."⁵²

De acuerdo a lo mencionado, el acto administrativo que pretenda cuestionarse a través de la interposición de recursos administrativos debe reunir las siguientes características:

- **Debe violar, desconocer o lesionar un derecho o interés legítimo del recurrente. En sentido contrario, si el acto no vulnera el derecho del impugnante, su recurso deberá ser declarado improcedente.** (...)”⁵³

(Subrayado y énfasis agregado)

173. En consecuencia, dado que en el presente caso el Servicio Adicional no se encuentra regulado; y, considerando que el presente procedimiento administrativo no tiene por objeto determinar vía interpretación si es factible someter a regulación tarifaria servicios especiales, con la emisión de la Resolución Impugnada no se ha producido una afectación a la esfera jurídica del DPWC. Por tanto, corresponde que se declare improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, careciendo de sentido emitir pronunciamiento por los demás argumentos planteados.
174. Por último, se debe tener presente igualmente que DPWC, en la prestación del Servicio Adicional, debe respetar los principios de libre competencia, no discriminación, neutralidad, prohibición de transferencia de precios, contabilidad separada y libre elección, en concordancia con lo previsto en la Cláusula 2.11⁵⁹ del Contrato de Concesión.

IV. CONCLUSIONES

1. Toda autoridad administrativa se encuentra obligada por disposición legal a resolver los asuntos puestos en su conocimiento, aun cuando por el transcurso del tiempo haya operado el silencio administrativo negativo, siempre y cuando dichos asuntos no se encuentren en sede jurisdiccional, por lo que es deber del Ositrán resolver los recursos interpuestos por DPWC y Peruquimicos.
2. El procedimiento de interpretación en cuestión versa únicamente sobre los alcances del Servicio Estándar en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión.
3. De la revisión del Informe N° 014-11-GRE-GAL-OSITRAN como de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN se verifica que las conclusiones del mencionado Informe y lo resuelto por de dicha Resolución no son congruentes con la clara línea de razonamiento seguido en el que se determina que las actividades de pesaje y verificación de precinto que se efectúan en la puerta de la salida del terminal portuario están incluidas en la tarifa del Servicio Estándar, por lo que se aplica el artículo 14 del TUO de la LPAG,

⁵⁸ <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Guia-de-actos-administrativos.pdf>, consultado el 14 de julio de 2021, p. 41.

⁵⁹ "2.11. Asimismo, conforme a lo establecido en el Artículo 14.3 de la LSPN, para el ejercicio de las actividades portuarias y la prestación de los Servicios, el CONCESIONARIO deberá observar, según corresponda, los principios de libre competencia, neutralidad, no discriminación e igualdad ante la ley, prohibición de transferencia de precios, contabilidad separada y libre elección."

correspondiendo la conservación del acto administrativo, lo cual va en línea con lo indicado en los Memorandos N° 1543-2017 y 1213-2021-GSF-OSITRAN. Teniendo en cuenta ello, la evaluación de los recursos impugnativos planteados por DPWC y Peruquimicos se analizaron bajo este enfoque.

4. La Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN ha sido objeto de impugnaciones por parte de DPWC y Peruquimicos, las cuales dentro de sus argumentos para sustentar las mismas incorporan criterios regulatorios, así como, normativa aduanera, razón por la cual, al cuestionar los extremos antes referidos los mismos no han quedado firmes y, por lo que, en aras de garantizar el derecho de defensa de los recurrentes, corresponden ser revisadas en la presente etapa.
5. Con relación al argumento formulado por Peruquimicos relativo a que la obligación aduanera de transmitir la nota de tarja -por la cual se realiza el Servicio Adicional- corresponde ser asumida por el Concesionario, es preciso indicar que, conforme a la evaluación de la normativa aduanera realizada en el presente Informe, la obligación de efectuar la transmisión de la nota de tarja a la descarga de la mercancía no corresponde sea cumplida por el Concesionario, sino más bien por el transportista que realiza el transporte marítimo internacional de la carga. Por tanto, lo argumentado por el recurrente en este extremo debe ser desestimado.
6. Respecto al argumento de Peruquimicos relativo a que la Sunat determinó que la prestación del Servicio Adicional es necesaria para llevar a cabo el despacho aduanero de mercancías (Procedimiento General – Importación para Consumo INTA-PG.01-A), es preciso señalar que, independientemente de la modalidad aduanera de despacho que elijan los Usuarios del Terminal Muelle Sur, la obligación de transmitir la nota de tarja a la descarga de la mercancía, en el que se consigna la información del peso y precintos, es del transportista, de manera que carece de asidero lo argüido por el recurrente.
7. Con relación al argumento de Peruquimicos respecto de que la prestación del Servicio Especial debe estar precedida por la solicitud del Usuario, debe indicarse que, en efecto, de acuerdo con la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión, para la prestación de un servicio especial previamente el Usuario debe solicitarlo al Concesionario. No obstante, la omisión de una solicitud expresa por parte del Usuario no implica que el Servicio Adicional califique como parte del Servicio Estándar, puesto que, el Servicio Adicional deviene de una obligación aduanera para el transportista (línea naviera o su representante). Sin perjuicio de ello, el Concesionario deberá implementar un mecanismo que deje constancia que los usuarios solicitan el Servicio Adicional.
8. Respecto a la solicitud de nulidad total planteada por Peruquimicos en su escrito de fecha 21 de noviembre de 2011 corresponde que se declare improcedente en aplicación del numeral 11.1 del artículo 11 y el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG.
9. En cuanto al argumento del Concesionario referente la solicitud de nulidad parcial de la Resolución Impugnada referido a la intervención del Indecopi para determinar si existen condiciones de competencia en la prestación del Servicio Adicional, es necesario señalar que, que en el presente caso dicho Servicio Adicional no se encuentra regulado. Asimismo, considerando que el presente procedimiento administrativo no tiene por objeto determinar vía interpretación si es factible someter a regulación tarifaria servicios especiales, con la emisión de la Resolución Impugnada no se ha producido una afectación a la esfera jurídica de DPWC. Por tanto, corresponde se declare improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, careciendo de sentido emitir pronunciamiento por sus demás argumentos planteados.
10. Corresponde enmendar el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2011-CD-OSITRAN referido a los términos de la interpretación de la Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión, quedando con la siguiente redacción:

“(..)

*De acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, 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.***

Debido a modificaciones en la normatividad aduanera, después de la suscripción del mencionado contrato de concesión, se realizan dentro del terminal una verificación de precintos y un pesaje, al costado de la nave y, posteriormente, una segunda verificación de precintos y un segundo pesaje, a la salida del terminal.

*La verificación de precintos y el pesaje que se realizan **a la salida del terminal** son los que forman parte del denominado Servicio Estándar.*

*El pesaje y la verificación de precintos realizados **al costado de la nave** (incluidos en el denominado “Servicio de Verificación Adicional de Datos del Contenedor”) no resultan indispensables, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de desembarque de carga en el puerto, **siendo que los mismos se efectúan por exigencias de la normativa aduanera que corresponde ser asumida por un agente distinto al Concesionario,** constituyéndose en un Servicio Especial.
(...)”*

(Lo subrayado y en negrita es lo modificado)

V. RECOMENDACIONES

1. En virtud de las consideraciones señaladas en el presente Informe, se recomienda al Consejo Directivo:
 - Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por Peruquimicos S.A.C.
 - Declarar improcedente la solicitud de nulidad planteada por Peruquimicos S.A.C.
 - Declarar improcedente el Recurso de Reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L.

Atentamente,

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económico

NT 2021116778