

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 009-2003-CD/OSITRAN

EXPEDIENTE Nº 002-2003-GS-OSITRAN

PROCEDENCIA : PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

ENTIDAD PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ENAPU S.A.

MATERIA : INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DIFUNDIR LINEAMIENTOS DE ACCESO APROBADOS POR OSITRAN EN EL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORGANISMO

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA.

SUMILLA: Se Confirma en parte la Resolución Nº 012 – 03 – GG – OSITRAN, en el extremo que determina la comisión de la infracción a que se refiere el artículo 42º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, por parte de ENAPU S.A., consistente en no cumplir con la disposición de OSITRAN relativa a la oportunidad de difusión de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves”, los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao” y los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”.

Se Revoca la referida resolución, en el extremo que establece la sanción aplicable, reformándola para que se imponga a ENAPU S.A. una amonestación pública, dentro de la escala de sanciones correspondiente a las infracciones “Leves”.

Lima, 09 de julio de 2003

I. ANTECEDENTES:

A. Hechos:

- ❖ Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje:

1. Mediante Oficio N° 297-02-GG-OSITRAN del 10 de junio de 2002, OSITRAN comunicó a ENAPU la aprobación de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”.
2. Mediante Carta N° 1349-2002 ENAPU S.A./GG, de fecha 07 de noviembre de 2002, ENAPU solicita que se apruebe la modificación de los referidos Lineamientos, con el fin de se apliquen a todos los terminales portuarios bajo la administración de ENAPU S.A.
3. Mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN, de fecha 12 de noviembre de 2002, OSITRAN establece 10 días hábiles como plazo máximo para que ENAPU cumpla con difundir los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, plazo que venció el 26 de noviembre de 2002.
4. Con fecha 10 de diciembre de 2002, mediante Oficio N° 599-02-GG-OSITRAN, se notifica a ENAPU S.A. la Resolución de Gerencia General N° 035-2002-GG-OSITRAN, la misma que aprueba los nuevos “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en los Terminales Portuarios de ENAPU S.A.”, otorgándose a ENAPU S.A. un plazo de cinco días hábiles para su difusión, los mismos que vencieron el 18 de diciembre de 2002.

❖ **Lineamientos y condiciones de acceso para la operación de Grúas Móviles Multipropósito del el Terminal Portuario del Callao:**

1. Mediante Carta N° 663-2002-ENAPU S.A., de fecha 30 de mayo de 2002, ENAPU solicita la aprobación de los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao”.
2. Mediante Oficio N° 369-02-GG-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2002, OSITRAN comunicó a ENAPU la aprobación de los referidos Lineamientos.
3. Mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN, de fecha 12 de noviembre de 2002, OSITRAN establece como plazo máximo para que ENAPU cumpla con difundir los Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao, el 26 de noviembre de 2002.
4. Mediante Carta N° 060-2002-ENAPU, de fecha 09 de Julio de 2002, dicha empresa también solicitó a OSITRAN una modificación de los referidos Lineamientos.
5. Mediante Carta N° 273-2003 ENAPU S.A./G.G., ENAPU absuelve las observaciones identificadas por OSITRAN a la segunda versión de los mencionados lineamientos presentada para aprobación por la empresa.
6. Mediante Oficio N° 076-03-GG-OSITRAN, se señala a ENAPU que habiéndose ya iniciado un procedimiento de acceso para la operación de las Grúas Móviles Multipropósito en el TP Callao, no es posible cambiar las condiciones y requisitos de acceso establecidos, por lo que con la finalidad de no distorsionar el procedimiento de acceso al terminal, se difiere la aprobación de la modificación solicitada al momento en el que concluya el referido procedimiento.

7. Mediante Oficio N° 151-03-GG-OSITRAN, de fecha 22 de abril de 2003, se notifica a ENAPU, la Resolución N° 009-2003-GG-OSITRAN, la misma que aprueba la modificación de los precitados lineamientos solicitada.

❖ **Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves:**

1. Mediante Oficio N° 507-02-GG-OSITRAN de fecha 26 de septiembre, se remite a ENAPU S.A. la Resolución de Gerencia General N° 029-2002-GG-OSITRAN, la misma que aprueba los "Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves".
2. Mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN recibido por ENAPU S.A. el 12 de noviembre de 2002, OSITRAN otorgó a ENAPU un plazo de **10 días hábiles** para cumplir con la difusión de los lineamientos de acceso para el servicio de Amarre y Desamarre. Dicho plazo se venció el 26 de noviembre de 2002.
3. Mediante Carta N° 1408-2002 ENAPU S.A./GG, de fecha 10 de diciembre de 2002, ENAPU solicita también en este caso la modificación de los Lineamientos de acceso para la prestación del servicio de Amarre y Desamarre.
4. Mediante Oficio N° 068-02-GS-P-OSITRAN de fecha 10 de diciembre de 2002, se solicitó a ENAPU que informe a OSITRAN bajo qué medios cumplió con difundir los lineamientos originales de acceso para la prestación del servicio de Amarre y Desamarre, aprobados por OSITRAN, otorgándose un plazo de 3 días hábiles para cumplir con dicha solicitud.
5. El 12 de diciembre de 2002 se recibe la comunicación N° 203-2002-ENAPU S.A./GC, en la que ENAPU S.A. informa que **a partir del 29 de noviembre de 2002**, se puso a disposición del público los textos de los *"Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves en los Terminales Portuarios de ENAPU S.A."*, y los *"Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio de Grúa Móvil Multipropósito de Muelle para la prestación del servicio de estiba y desestiba en el Terminal Portuario del Callao"*.
6. Los Lineamientos originales para la prestación del servicio de remolcaje no fueron difundidos.

II. Informe de Incumplimiento y Procedimiento Administrativo Sancionador:

1. El 09 de enero de 2003 se emite el Informe N° 004-03-GS-C2-OSITRAN, que concluye que ENAPU ha incumplido con lo dispuesto por OSITRAN en el Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN que le estableció un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con difundir los tres lineamientos de acceso aprobados por OSITRAN.
2. En el precitado informe se señala que ENAPU cumplió con difundir los Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves en los Terminales Portuarios de ENAPU S.A., y los Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio de Grúa Móvil Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, luego de vencido el plazo establecido por OSITRAN.

Así mismo, que no cumplió con difundir los Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao, por lo que recomienda el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

3. Mediante Oficio N° 129-03-GS-A2-OSITRAN de fecha 06 marzo de 2003, se inició el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN. En dicho oficio, se le notifica a ENAPU que:
 - a. Los hechos descritos significan un incumplimiento a la obligación de difundir los referidos lineamientos de acceso aprobados por OSITRAN, lo cual debió efectuarse a más tardar el 26 de noviembre de 2002.
 - b. Dicha conducta está tipificada en el artículo 42° del Reglamento de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, como un “Incumplimiento a las normas y decisiones del OSITRAN”.
 - c. El incumplimiento descrito califica en la categoría de Grave de acuerdo al artículo 5° - Tipos de Infracciones - del RIS, el cual establece en el segundo párrafo de su literal c) lo siguiente:

“c) Grave: ...Incurren en infracción grave las Entidades Prestadoras que incumplan las obligaciones legales o contractuales relativas al modo y oportunidad de uso y registro de la información.”
 - d. En consideración a que el incumplimiento descrito fue subsanado, en aplicación del artículo 49° del RIS correspondería la sanción equivalente a la categoría de Leve, la cual puede ser una amonestación pública o una multa entre media (0.5) UIT y treinta (30) UIT, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del RIS.
4. El 13 de marzo de 2003 se recibe la comunicación que contiene los descargos que presenta ENAPU a la referida notificación, en los cuales se señala lo siguiente:
 - a. La comunicación N° 297-02-GG-OSITRAN y el RMA no establecen plazo ni obligatoriedad de difusión de los lineamientos mencionados.
 - b. A solicitud expresa del OSITRAN se procedió a la publicación de los lineamientos aprobados para los servicios esenciales de Amarre y Desamarre, así como de Grúas móviles multipropósito en la fecha solicitada, pero, por problemas técnicos recién quedó disponible en la página Web el día 29 de noviembre de 2002.
 - c. La publicación de los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, se dilató por tratarse de un proyecto parcial y por la conveniencia que dichos lineamientos se hagan extensivos a los Terminales Portuarios de atraque directo en provincias, para lo cual se presentó a OSITRAN, adjunto a la comunicación N° 1349-2002 ENAPU S.A./GG, el proyecto de “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del Servicio de Remolcaje en los Terminales Portuarios de ENAPU”, incluyendo a Callao.

5. El 25 de marzo de 2003 se remite a ENAPU el Oficio N° 171-03-GS-A2-2003, mediante el cual se le informa que la sanción correspondiente a una infracción Leve es una amonestación pública o una multa hasta de 0.2% de sus ingresos brutos del ejercicio anterior, de acuerdo a la Resolución N° 029-2001-CD/OSITRAN que modificó el RIS aprobado por Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN. Asimismo, en dicho oficio se le otorgó un plazo adicional de 5 días para presentar descargos adicionales, a efectos de asegurar el debido procedimiento.
6. El 01 de abril de 2003, ENAPU remitió a OSITRAN la comunicación N° 226-2003 ENAPU S.A./GG, en la que reitera los descargos anteriores y señala adicionalmente lo siguiente:
 - a. La demora en la difusión no ha ocasionado perjuicios económicos a los usuarios, lo cual se prueba con el hecho que desde el 03 de diciembre de 2002 en que se aprobaron los nuevos lineamientos de acceso, no se ha presentado ninguna solicitud, lo cual muestra que la no-difusión no tuvo efectos secundarios.
 - b. La supuesta infracción no califica como Leve de acuerdo al artículo 5° del RIS.

III. La Resolución N° 012-2003-GG-OSITRAN:

Con fecha 19 de mayo de 2003, se notifica a ENAPU S.A. la Resolución N° 012-2003-GG-OSITRAN, a través de la cual la Gerencia General hace suyo el informe N° 117-03-GS-A2-OSITRAN y resuelve lo siguiente:

- a. Declarar que ENAPU S.A. ha incumplido la decisión de OSITRAN contenida en el Oficio N° N° 567-02-GG-OSITRAN, el cual establece un plazo de diez (10) días hábiles para que ENAPU cumpla con difundir los "Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao", los "Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao" y los "Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves".
- b. Disponer una sanción a la ENAPU S.A. equivalente al pago de una multa ascendente al 0.005% de los ingresos brutos del año anterior.

IV. El Recurso de Apelación:

1. Con fecha 05 de junio de 2003 y dentro del plazo a que se refiere el 52° de la modificación del RIS, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, ENAPU S.A. presenta ante OSITRAN su apelación a la Resolución N° 012-2003-GG-OSITRAN.

En el mencionado escrito de apelación ENAPU S.A. señala lo siguiente:

- a. Con fecha 25 de noviembre de 2002, mediante comunicación N° 1384-2002-ENAPU S.A, dicha empresa solicitó a OSITRAN una prórroga de 20 días hábiles para publicar las solicitudes de acceso relativas a los servicios de Amarre y Desamarre.
- b. Mediante Oficio N° 068-02-GS-P-OSITRAN, recibido por ENAPU S.A. con fecha 10 de diciembre de 2002, OSITRAN otorgó a ENAPU S.A. una prórroga de 3 días

contados desde la recepción de dicho oficio, para cumplir con la decisión de OSITRAN.

- c. En ese sentido, sostiene que contaba hasta el 12 de diciembre con el fin de cumplir oportunamente con lo dispuesto por OSITRAN, por lo que al haber puesto a disposición del público, con fecha 29 de noviembre de 2002, los textos de los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao” y los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves”; no procede aplicación de multa alguna considerando que se difundió dentro del plazo ampliatorio otorgado.
- d. ENAPU cumplió con difundir los lineamientos de acceso aún cuando dicho plazo no está establecido en el Reglamento Marco de Acceso.
- e. ENAPU cumplió con publicar las solicitudes de acceso relativas al servicio de Amarre y Desamarre. En el caso de los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao”, ENAPU comunicó que debía iniciar trabajos de reforzamiento de la Plataforma del muelle 5. Con relación a los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, ENAPU señala que no se difundieron debido a que ENAPU estaba a la espera de que OSITRAN le aprobara la modificación propuesta a los mismos.
- f. OSITRAN ha sostenido que no es necesario tener lineamientos para aceptar una solicitud de acceso, ni para cobrar cargos de acceso, en ese sentido muchas empresas privadas han estado prestando el servicio de Remolcaje, incluso antes de que OSITRAN aprobara los Lineamientos de Acceso relativos a ese servicio.
- g. ENAPU no ha puesto barreras a la entrada de usuarios intermedios a la infraestructura administrada por ésta, ni ha tenido intención de negar, dilatar o postergar el trámite de las solicitudes de acceso.
- h. Con relación a las fallas técnicas que impidieron la difusión de los lineamientos en la página web, ENAPU tuvo una sobrecarga eléctrica en la sala de servidores que dañó el disco duro del Servidor Web.
- i. En aplicación de los Principios de Objetividad y Proporcionalidad del RIS y considerando que ENAPU no ha causado perjuicio económico a los usuarios, solicita se revoque la resolución apelada o en todo caso se le imponga una amonestación pública.

III. CUESTIONES A RESOLVER:

De acuerdo a los antecedentes expuestos, las cuestiones controvertidas a resolver son las siguientes:

- A. Determinar si ENAPU está obligada a difundir los Lineamiento de Acceso, aún cuando el plazo de difusión no está señalado en el Reglamento Marco de Acceso.
- B. Determinar si ENAPU S.A. incumplió una decisión de OSITRAN, conforme lo establecido en el Artículo 42° del RIS.
- C. Determinar si ENAPU S.A. ha incumplido una obligación legal relativa al modo y oportunidad de uso de la información.
- D. Determinar el monto de la sanción aplicable, de ser el caso.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

A. **Determinar si ENAPU está obligada a difundir los Lineamiento de Acceso, aún cuando el plazo de difusión no está señalado en el reglamento Marco de Acceso:**

1. De acuerdo a lo que establece el literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26917 – Ley de creación de OSITRAN, es uno de los objetivos del Organismo el preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público. En tal sentido, OSITRAN es el órgano que de acuerdo a Ley debe garantizar que la utilización de la infraestructura portuaria se realice en tal condición.
2. En el mismo sentido, el literal p) del numeral 7.1 de la Ley, señala que es función de OSITRAN cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura de transporte de uso público.
3. En ejercicio de la facultad que confiere a OSITRAN el literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores (modificada mediante Ley N° 27631), y el artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. N° 010 – 2001 – PCM; OSITRAN emite el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA).
4. Dicha norma señala en el artículo 8° que los principios contenidos en el Reglamento establecen los límites y lineamientos para la acción de OSITRAN y las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar acceso a la infraestructura. En tal sentido, toda decisión que adopte cualquiera de los órganos del OSITRAN deberá sustentarse y quedar sujeta a los mismos.

En tal virtud, OSITRAN está obligado a garantizar la aplicación del principio de plena información a que se refiere el artículo 14° del RMA, que señala lo siguiente:

<<Artículo 14°.-Principio de plena información.

El principio de plena información busca garantizar a quienes quieran acceder al uso de infraestructura contar con la información necesaria para evaluar y negociar las posibilidades de acceso a la infraestructura y puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo. Como mínimo, deberá ser pública información relativa a:

- a. Los requisitos y/o manuales técnicos, ambientales y de seguridad específicos a la infraestructura donde se solicita acceso;
- b. El grado de utilización de la infraestructura, según los estándares relevantes para cada una, incluyendo, donde sea relevante, la frecuencia y horarios.
- c. Las condiciones de contratación así como las políticas comerciales y operativas de la entidad prestadora.(...)>>

5. Del mismo modo, el artículo 3° del RGO, señala que la actuación de **OSITRAN deberá orientarse a garantizar al USUARIO el libre acceso a la prestación de servicios, y la INFRAESTRUCTURA**, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
6. Asimismo, de acuerdo al artículo 32° del RGO, es parte del ejercicio de la función supervisora de OSITRAN verificar el cumplimiento las obligaciones legales de las Entidades Prestadoras. En tal virtud, en ejercicio de su función supervisora, OSITRAN

está obligado a verificar el cumplimiento del RMA por parte de dichas entidades, garantizando al usuario el libre acceso a la infraestructura.

7. Al respecto, es necesario considerar que de acuerdo al artículo 7° del RMA, los Lineamientos de acceso, entre otros, regulan el acceso a la infraestructura. En ese sentido, dichos lineamientos están sometidos a la aplicación del principio de plena información a que se refiere el artículo 14° del RMA.
8. Por tal razón y en ejercicio de la facultad normativa a que se refiere el artículo 22° del RGO, OSITRAN puede dictar disposiciones de carácter particular referidas a obligaciones de las Entidades Prestadoras como ENAPU.
9. En ese orden de ideas, queda claro que aunque el plazo de difusión de los Lineamientos de Acceso no esté específicamente previsto en el RMA, OSITRAN tiene la facultad de señalar dicho plazo, con carácter obligatorio para una Entidad Prestadora, con el fin de verificar el cumplimiento del RMA para garantizar a los usuarios intermedios el acceso equitativo a la infraestructura.
10. Por tanto, OSITRAN cuenta con la facultad otorgada legalmente para señalar con carácter obligatorio para ENAPU S.A., una fecha específica de difusión de los Lineamientos de Acceso aprobados por el Organismo.

B. Determinar si ENAPU S.A. incumplió una decisión de OSITRAN, conforme lo establecido en el Artículo 42° del RIS:

1. El Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN, recibido por ENAPU S.A. con fecha 12 de noviembre de 2002, contiene la decisión de OSITRAN que establece la obligación de ENAPU S.A., relativa a la oportunidad de difusión de los Lineamientos de Acceso para los servicios de Amarre y Desamarre, Grúas de Muelle Móviles Multipropósito, y Remolcaje. Dicha decisión se sustenta en la aplicación del principio de plena información del RMA a que se ha hecho referencia en el acápite anterior y a la necesidad de que los usuarios puedan utilizar dicha información para tomar sus decisiones.

El plazo de cumplimiento de dicha obligación era de diez días hábiles, por lo que venció el 26 de noviembre de 2002.

2. De acuerdo a lo mencionado, el precitado Oficio califica como una decisión de OSITRAN, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 42° del RIS, el mismo que señala lo siguiente:

<<Artículo 42°.- Incumplimiento de las normas y decisiones del OSITRAN

Las Entidades Prestadoras que incumplan con las normas y decisiones de los órganos competentes del OSITRAN, incurrirán en infracción muy grave, grave o leve, de conformidad con lo establecido por el artículo 5° y demás disposiciones del presente Reglamento.>>

3. Con relación a la oportunidad de cumplimiento de la referida decisión de OSITRAN, ENAPU S.A. sostiene en su escrito de apelación que, mediante Oficio N° 068-02-GS-

P-OSITRAN, OSITRAN le otorgó una prórroga para el cumplimiento de la difusión, al plazo original señalado en el Oficio N° N° 567-02-GG-OSITRAN.

4. Al respecto, es necesario considerar que en el Oficio N° 068-02-GS-P-OSITRAN, se solicitó a ENAPU S.A. textualmente lo siguiente:

<< Tengo a bien dirigirme a usted con relación a su carta de la referencia¹, en la cual nos solicita un plazo ampliatorio para la publicación de las solicitudes de acceso procedentes para la prestación del servicio de amarre y desamarre; dicha solicitud es denegada, por lo que deberán continuar con el procedimiento de acceso de acuerdo con los plazos estipulados en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público.

Asimismo, le solicito nos informe bajo qué medios ha difundido ENAPU los Lineamientos de Acceso aprobados por OSITRAN, tal como se le solicitara mediante el oficio N° 567-02-GG-OSITRAN.

Le agradeceré **cumplir con lo solicitado en un plazo no mayor a tres días**, contados a partir de la recepción del presente oficio.>>

5. En ese sentido, de acuerdo al tenor del precitado oficio es claro lo siguiente:
 - a. OSITRAN denegó la solicitud de ENAPU para ampliar el plazo de cumplimiento de la obligación de publicar **las solicitudes de acceso**.
Dicha solicitud de ENAPU, nunca estuvo referida a plazo de difusión de los lineamientos de acceso.
 - b. El plazo que otorgó OSITRAN en el referido oficio, se refiere a la obligación de ENAPU S.A. de **informar a OSITRAN el medio de difusión de los lineamientos de acceso aprobados por el Organismo**. Ese plazo no otorgó prórroga alguna a la obligación de difundir dichos lineamientos de acceso.
 - c. La interpretación que hace ENAPU S.A. del Oficio N° 068-02-GS-P-OSITRAN no es acorde con lo expresamente señalado en el Oficio.
6. En su escrito de apelación, ENAPU S.A. reconoce que puso a disposición del público los “Lineamientos de Acceso para los servicios de Amarre y Desamarre”, y “los Lineamiento de Acceso para la operación de las Grúas de Muelle Móviles Multipropósito”, recién con fecha 29 de noviembre de 2002, es decir, **tres (3) días después de vencido el plazo establecido por OSITRAN para la difusión**.
7. Asimismo, con relación a los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, es necesario considerar que la aprobación de dichos lineamientos se comunicó a ENAPU

¹ La comunicación N° 1384-02-ENAPU/GG, mediante la cual dicha empresa solicita a OSITRAN un plazo adicional de 20 días hábiles *para cumplir con las publicaciones de ley de las solicitudes de acceso*.

el 10 de junio de 2002, mediante el Oficio N° 297-02-GG-OSITRAN, y que adicionalmente se requirió a ENAPU mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN que en un plazo de diez días hábiles cumpliera con difundir dichos Lineamientos, plazo que venció el 26 de noviembre de 2002.

8. Con relación a la modificación de los referidos lineamientos, solicitada por ENAPU S.A., es necesario tomar en cuenta que la empresa no podía tener la seguridad de que su solicitud sería aprobada, y que por lo tanto no podía sumir que quedaba en suspenso su obligación de difusión, por lo que debió proceder a difundir los lineamientos vigentes en el plazo establecido. Más aún si se considera que la nueva solicitud no dejaba sin efecto el requerimiento de difusión efectuado y que tampoco existió una comunicación de OSITRAN en ese sentido.
9. Por lo tanto, ENAPU S.A. incumplió con la decisión de OSITRAN relativa a la oportunidad de difusión de los Lineamientos de Acceso de los servicios mencionados, contenida en el Oficio N° N° 567-02-GG-OSITRAN, que otorgó un plazo de cumplimiento que venció el 26 de noviembre de 2002, sin que fuera cumplido por la referida Entidad Prestadora.

C. Determinar si ENAPU S.A. ha incumplido una obligación legal relativa al modo y oportunidad de uso de la información.

1. El artículo 5° del RIS establece en el segundo párrafo del literal c) lo siguiente:

“c) Grave: ...Incurren en infracción grave las **Entidades Prestadoras que incumplan las obligaciones legales** o contractuales **relativas al modo y oportunidad de uso** y registro **de la información.**”

2. Considerando que se ha acreditado la comisión de la infracción a que se refiere el artículo 42° del RIS, es necesario tomar en cuenta que según la norma citada en el numeral precedente, dicho incumplimiento califica como Grave, **por cuanto la decisión de OSITRAN que contiene la obligación legal de ENAPU, se refiere a la oportunidad de difusión de los Lineamientos de acceso, con miras a garantizar el uso de la información que contiene los mismos, por parte de los usuarios intermedios.**
3. Asimismo, es necesario considerar que de acuerdo a lo actuado en el Expediente, ENAPU S.A. puso a disposición del público los “Lineamientos de Acceso para los servicios de Amarre y Desamarre”, y “los Lineamiento de Acceso para la operación de las Grúas de Muelle Móviles Multipropósito”, recién con fecha 29 de noviembre de 2002.
4. Con relación a los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, a pesar de que los mismos fueron aprobados y que el plazo de difusión le fue señalado mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN, dichos lineamientos nunca fueron difundidos por ENAPU S.A.
5. Asimismo, considerando que el incumplimiento descrito ha sido subsanado en lo que se refiere a dos de los lineamientos de acceso aprobados por OSITRAN, en aplicación

del artículo 49° del RIS corresponde reducir la sanción a la categoría inmediata inferior, cuya categoría es Leve, la cual puede ser una amonestación pública o una multa hasta de 0.2% de sus ingresos brutos del ejercicio anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del RIS.

D. Determinar el monto de la sanción aplicable:

1. Considerando que como consecuencia de la subsanación efectuada la sanción aplicable corresponde a la categoría “Leve”, con el fin de determinar la sanción aplicable, es necesario tomar en cuenta lo siguiente:
 - a. ENAPU no ha cumplido con presentar pruebas que acrediten la ocurrencia de las fallas técnicas según lo que sostiene, que supuestamente le impidieron difundir los lineamientos de acceso en el plazo establecido por OSITRAN.
 - b. Si bien mediante Oficio N° 567-02-GG-OSITRAN, se precisó a ENAPU S.A. el plazo de cumplimiento de la obligación de difundir los lineamientos de acceso, también es cierto que en las anteriores comunicaciones de OSITRAN, aprobatorias de los Lineamientos de acceso, se estableció la obligación de la Entidad Prestadora de difundir los mismos, por lo que antes de la precisión del plazo en cuestión, la obligación de difusión por parte de ENAPU S.A. ya había nacido.
2. Con relación a la aplicación del principio de razonabilidad a que se refiere el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe tomar en cuenta lo siguiente:
 - a. Con relación al perjuicio causado con la comisión de la infracción, es necesario considerar que del análisis de los hechos, se desprende que los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves” y los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao”, fueron difundidos por ENAPU S.A. tres (3) días después del vencimiento del plazo otorgado por OSITRAN. Así mismo, en el caso de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, fueron difundidos catorce (14) días después del vencimiento del plazo de difusión otorgado por OSITRAN.

Al respecto, en el caso del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao, es necesario considerar que a pesar del retraso en la difusión de los correspondientes lineamientos de acceso, las cuatro empresas privadas que prestaban ordinariamente el servicio en el Terminal Portuario del Callao continuaron prestando dicho servicio, y que una quinta empresa entró al terminal a prestar el servicio, incluso antes de la difusión de los Lineamientos en la página web de ENAPU S.A.

En ese sentido, con relación a dicho servicio no es posible identificar la existencia de un perjuicio causado por ENAPU S.A.

- b. Con relación a la intencionalidad en la comisión de la infracción, si bien ENAPU S.A. no podía de ninguna manera asumir que su solicitud de modificación de los Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje (para que fueran aplicables a todos los Terminales Portuarios de ENAPU S.A.); sería necesariamente aprobada por OSITRAN, también es necesario tomar en cuenta que el incumplimiento en el plazo de difusión se debió a la errónea interpretación de ENAPU S.A. con relación al alcance de su solicitud de modificación. Dicho error se debe tomar en cuenta en el presente caso y por única vez, por tratarse de un incumplimiento enmarcado en una etapa inicial en la implementación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, y en la que se ha dado un período de aprendizaje en la aplicación de la norma por parte de los administrados de OSITRAN.
- c. Con relación al principio de proporcionalidad contenido en el principio de razonabilidad del Artículo 230° de la LPAG y, considerando lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el incumplimiento cometido por ENAPU S.A. contra la disposición de OSITRAN relativa a la oportunidad de difusión de los lineamiento de acceso; ha representado en el caso de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves” y los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao”, un retraso de tres (3) días, después del vencimiento del plazo otorgado por OSITRAN. Del mismo modo, que en el caso de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en los Terminales Portuarios de ENAPU S.A.”, el incumplimiento de ENAPU S.A. ha representado un retraso de catorce (14) días después del vencimiento del plazo de difusión otorgado por OSITRAN. Dichos retrasos no han sido significativos con relación al perjuicio causado a los usuarios involucrados.

En ese sentido, es necesario evaluar la adecuación entre la gravedad de la infracción y la sanción aplicable, para lo cual se debe tomar en cuenta que los retrasos no han sido en este caso en particular, significativos para la existencia de un perjuicio económico en contra de los usuarios de los servicios esenciales de los que trata el presente caso.

3. Con base a los argumentos expuestos, se considera que la sanción aplicable ENAPU S.A. por el incumplimiento en difundir los lineamientos de acceso en la oportunidad dispuesta por OSITRAN, amerita la imposición de una amonestación pública.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 09 de Julio de 2003;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Confirmar en parte la Resolución N° 012-2003-GG-OSITRAN, en el extremo que determina la existencia del incumplimiento por parte de ENAPU S.A., de la disposición de OSITRAN contenida en el Oficio N° 567-02-OSITRAN, relativa a la oportunidad de difusión de los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación

del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves”, los “Lineamientos y condiciones de acceso de Grúas de Muelle Móviles Multipropósito al Terminal Portuario del Callao”, y los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario del Callao”, incumplimiento que está tipificado en el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

Artículo Segundo.- Revocar la Resolución N° 012-2003-GG-OSITRAN, en el extremo que determina el monto de la sanción aplicable a ENAPU S.A., reformándola para que se imponga a la empresa infractora una amonestación pública, conforme lo dispone el Artículo 6° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, modificado mediante Resolución N° 029-2001-CD/OSITRAN, dentro de la escala de sanciones correspondientes a las infracciones Leves.

Artículo Tercero.- Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A. dando por agotada la vía administrativa

Artículo Cuarto.- Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

Artículo Quinto.- Encargar a la Gerencia General que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Artículo Sexto.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su notificación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente