

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 028 -2004-CD-OSITRAN

Lima, 07 de julio de 2004

PROCEDENCIA : **GERENCIA GENERAL**

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

SECTOR : **Infraestructura Portuaria de Uso Público**

MATERIA : **Infracción a lo establecido en los Artículos 21º y 42º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS)**

VISTO: El expediente Sancionador Nº 14-2003-GS-OSITRAN y el Informe Nº 038-2004-GAL/OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, mediante la cual se efectúa el análisis del recurso de Apelación contra la Resolución Nº 023-04-GG-OSITRAN, que impone a ENAPU S.A. una sanción equivalente a la suma de 528 UITs;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Por Resolución de Consejo Directivo Nº 008-2003-CD/OSITRAN, se impuso a ENAPU una multa ascendente a 0.01% de sus ingresos del año anterior, por incumplir con lo dispuesto en la Resolución Nº 007-2003-TSC/OSITRAN. A través de dicha Resolución, se ordenó a ENAPU que cumpla con publicar la solicitud de acceso para instalar una faja de minerales en el Terminal Portuario del Callao (TPC), presentada por la empresa Consorcio Minero S.A. (CORMIN).
2. El 16 de mayo de 2003, ENAPU publicó en el Diario Oficial "El Peruano" un aviso concediendo un plazo para que otros interesados en prestar el servicio solicitado por CORMIN, puedan presentar sus respectivas solicitudes de acceso.
3. Mediante Oficio Nº 335-03-GS-C2-OSITRAN emitido el 10 de junio de 2003, se solicitó a ENAPU que en un plazo no mayor a cinco (5) días posteriores a la declaratoria de procedencia de las solicitudes de acceso recibidas como consecuencia de la publicación del referido comunicado, informe a los solicitantes si estaba en capacidad de atender todas ellas, o si era necesario convocar a una subasta.
4. El 02 de julio de 2003, ENAPU recibe el Oficio Nº 383-03-GS-C2-OSITRAN, a través del cual se le solicitó que en un plazo no mayor a cinco (05) días, remita una copia de las solicitudes de acceso recibidas, así como de las respuestas cursadas a los solicitantes.
5. Mediante Oficio Nº 658-2003-ENAPUSA/GG de fecha 18 de julio de 2003, ENAPU atendió el requerimiento de información de OSITRAN.

6. A través del Oficio N° 495-03-GS-C2-OSITRAN emitido el 11 de agosto de 2003, se solicitó a ENAPU que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, comunique a los solicitantes el número de espacios disponibles y el número de solicitudes de acceso declaradas procedentes. Asimismo, se le solicitó que en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles remita a OSITRAN el proyecto de bases de dicha subasta.
7. El 19 de agosto de 2003, ENAPU emite el Oficio N° 743-2003-ENAPU SA/GG mediante el cual comunica a OSITRAN que este Organismo no puede solicitar la continuación del trámite mencionado, debido a que la Ley N° 27943 establece que es la Autoridad Portuaria Nacional (APN) quien tiene competencia sobre la regulación del acceso.
8. A través del Oficio N° 416-03-GG-OSITRAN, recibido por ENAPU el 26 de agosto de 2003, se comunica a ENAPU las razones por las que OSITRAN no considera válidos sus argumentos señalados en el párrafo anterior, y ratifica el requerimiento para que ENAPU cumpla con lo anteriormente solicitado, a través del Oficio N° 495-03-GS-C2-OSITRAN.
9. El 23 de septiembre de 2003 se emite el Informe N° 231-03-GS-C2-OSITRAN, el cual concluye que ENAPU ha incumplido con una decisión de OSITRAN al negarse a cumplir con lo solicitado mediante los referidos oficios N° 335-03-GS-C2-OSITRAN, N° 495-03-GS-C2-OSITRAN y N° 416-03-GG-OSITRAN.
10. El 17 de octubre de 2003 se emite el Informe N° 068-03-GAL-OSITRAN, el cual analiza los argumentos presentados por ENAPU para suspender el procedimiento de acceso solicitado por la empresa CORMIN S.A. Dicho informe concluye que la normatividad sobre el acceso a la infraestructura portuaria es competencia de OSITRAN.
11. El 05 de noviembre de 2003 se remite a ENAPU el Oficio N° 794-03-GS-A2-OSITRAN, a través del cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador que establece el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN, otorgándole el plazo de cinco (5) días para formular sus descargos, los cuales no fueron presentados.
12. Por Resolución N° 012-2004-GG-OSITRAN de 18 de marzo de 2004, notificada a ENAPU con fecha 24 de marzo de 2004 mediante Oficio N° 136-04-GG-OSITRAN, se sancionó a ENAPU con una multa equivalente a 528 UIT's, por haber incumplido reiteradamente con decisiones de OSITRAN indicadas en el Informe N° 087-04-GS-A2-OSITRAN, negándose a continuar con el procedimiento administrativo de acceso mediante subasta, con el fin de brindar el servicio de estiba de concentrados de mineral en el TP Callao. En dicha Resolución se resolvió lo siguiente:

<<PRIMERO : Declarar que ENAPU S.A., ha incumplido reiteradamente con decisiones de OSITRAN indicadas en el informe N° 087-04-GS-A2-OSITRAN, al negarse a continuar con el proceso de subasta para brindar el servicio de estiba de concentrados de mineral. Estando dicha conducta tipificada en los artículos 21° y 42° del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN.

SEGUNDA : Disponer como sanción a la Empresa Nacional de Puertos S.A., una multa equivalente al 528 UIT's calculada con el valor de la UIT vigente al momento en que se efectúe el pago.

TERCERO : Notificar la presente Resolución a la Empresa Nacional de Puerto S.A., y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones;

CUARTO : Publicar la presente Resolución en el diario oficial El Peruano y en la página web de OSITRAN.>>

13. Con fecha 19 de marzo de 2004 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo N° 013-2004-MTC, el cual modifica el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), y ratifica que corresponde a OSITRAN garantizar el derecho de los usuarios intermedios, de acceder a la utilización de las Facilidades Esenciales portuarias.

14. Con fecha 15 de abril de 2004, ENAPU interpuso recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 012-2004-GG-OSITRAN.

15. Con fecha 06 de mayo de 2004, mediante Oficio N° 224-04-GG-OSITRAN, se notifica a ENAPU la Resolución N° 023-2004-GG-OSITRAN. En dicha resolución se resolvió lo siguiente:

<<*PRIMERO*: Confirmar la Resolución N° 012-2004-GG-OSITRAN de fecha 18 de marzo de 2004 en todos sus extremos.

SEGUNDA: Notificar la presente Resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. y. al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

TERCERO: Publicar la presente Resolución en la página Web de OSITRAN.>>

16. Finalmente, con fecha 28 de mayo de 2004, ENAPU presentó Recurso de Apelación contra la Resolución N° 023-2004-GG-OSITRAN, solicitando se declare fundado dicho Recurso, y se declare la improcedencia de la sanción aplicada contra la empresa. Al respecto, ENAPU fundamenta su Recurso en los siguientes principales fundamentos:

a) ENAPU ha interpuesto demanda contra CORMIN y OSITRAN, como consecuencia de la emisión de la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, por lo que de conformidad con lo establecido en el inciso 2) del Artículo 189° de la Constitución Política vigente y el Artículo 4° del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, OSITRAN debe abstenerse de pronunciarse sobre el caso, hasta que haya un pronunciamiento judicial.

b) ENAPU puso en conocimiento de OSITRAN, sendos pronunciamientos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), coincidentes con el planteamiento de ENAPU, en el sentido que la construcción e implementación de la faja de transporte de minerales, constituye un tema exclusivo y excluyente de inversión en infraestructura y no de "Acceso". Argumenta igualmente que por tal razón, ENAPU está elaborando un estudio que permitirá contar con la información que permita a la APN, decidir la modalidad bajo la cual se ejecutará el proyecto.

c) OSITRAN está desconociendo lo dispuesto por el principio jurídico "Nos Bis In Idem", al pretender sancionar a ENAPU dos veces por los mismos hechos. Al respecto, señala que ENAPU ya fue sancionada por Resolución N° 008-2003-CD/PSITRAN.

d) OSITRAN debe tomar en cuenta que habiéndose expedido la LSPN y sus normas reglamentarias, las funciones propias de OSITRAN se han

transferido a la APN, tal como señaló anteriormente el Director General de Transporte Acuático del MTC.

II. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACION:

A. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL RECURSO DE APELACION:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72° del RIS, el Recurso de Apelación debe interponerse dentro del plazo de quince (15) días, contados desde la notificación de la resolución. Así mismo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el Recurso de Apelación se interpondrá cuando se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trata de cuestiones de puro derecho.
2. La Resolución N° 023-2004-GG-OSITRAN fue notificada a ENAPU el 06 de mayo de 2004, en tanto que el Recurso de Apelación fue interpuesto el 28 de mayo de 2004, por lo que el mismo se interpuso dentro del plazo legal de quince (15) días.
3. El Recurso de Apelación sustenta interpretaciones legales de los hechos materia del procedimiento, y cuestiones de puro derecho.
4. En consecuencia, el Recurso de Apelación cumple con los requisitos establecidos en el artículo 72° del RIS y Artículo 209° de la LPAG, por lo que corresponde evaluar el fondo del mismo.

B. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

De lo expuesto en el Recurso de Apelación presentado por ENAPU y del análisis efectuado, a criterio de este órgano colegiado, las cuestiones en discusión en el presente procedimiento, consisten en determinar lo siguiente:

1. Si OSITRAN ha vulnerado la prohibición constitucional de avocarse a causas pendientes.
2. Si el REMA de OSITRAN sólo se aplica a los casos en que se solicita el acceso a una Facilidad Esencial existente detentada por la Entidad Prestadora, con el fin de proveer un servicio esencial, o si también se aplica a los casos en que el usuario solicitante construirá una nueva Facilidad Esencial con el fin de prestar el servicio esencial materia de la solicitud.
3. Si OSITRAN no ha respetado el principio "Non Bis In Idem" establecido en la LPAG.
4. Si de acuerdo a la LSPN y normas reglamentarias, la función de OSITRAN relativa a garantizar el derecho de los usuarios intermedios a la utilización de las Facilidades Esenciales portuarias, ha sido transferida a la APN.

C. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

C.1. OSITRAN HA VULNERADO LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE AVOCARSE A CAUSAS PENDIENTES:

1. Con relación a la Resolución N° 007-2003-TSC-OSITRAN, se debe tomar en cuenta que de acuerdo a lo que establece el Artículo 9° de la LPAG, el acto administrativo aprobado por dicha Resolución, se considera válido y aplicable, en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda.
2. En el mismo sentido, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 16° y 192° de la LPAG, la precitada Resolución fue notificada a ENAPU, por lo que ya produjo efectos jurídicos con relación a ENAPU. Asimismo, *tiene carácter ejecutorio y por lo tanto, es capaz de ser ejecutada y de cumplirse por sí misma.*
3. Al respecto, el Artículo 57° del RGO, dispone expresamente que lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN es de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio de la facultad que tienen los interesados de impugnar judicialmente la resolución administrativa dictada.
4. En el mismo sentido, la Ley N° 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, dispone en su Artículo 23° que **la admisión de la demanda contencioso administrativa, no impide la ejecución del acto administrativo aprobado por ésta**, sin perjuicio de lo establecido por dicha Ley sobre medidas cautelares.

En tal virtud, la actuación de OSITRAN por el mérito de dicha disposición legal, no puede entenderse como una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ENAPU, ni como una avocación a una causa pendiente ante el Poder Judicial, que la obligue a suspender la ejecución de lo dispuesto en la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, incluso cuando la demanda interpuesta por ENAPU ante el Poder Judicial fue admitida a trámite.

5. Al respecto, se debe considerar que la precitada Resolución del Tribunal de Solución de Controversias, *no ha sido declarada nula en sede administrativa ni en sede judicial*; y, que más bien, mediante Resolución N° 03 del Expediente N° 999-2003, a cargo de la Segunda Sala Civil del Poder Judicial, notificada a OSITRAN mediante cédula de notificación de fecha 15 de julio de 2003, se ha declarado “Improcedente la demanda presentada por Empresa Nacional de Puertos Sociedad Anónima – ENAPU SOCIEDAD ANONIMA contra el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público OSITRAN y Consorcio Minero Sociedad Anónima – CORMIN S. A” .
6. Asimismo, es necesario tomar en cuenta que tampoco existe orden legal de suspensión de la Resolución N° 007-2003-TSC-OSITRAN.
7. El procedimiento administrativo de Acceso al TP Callao, se generó como consecuencia de la presentación de la solicitud de acceso de CORMIN ante ENAPU, de conformidad con el REMA, lo cual ocurrió antes del inicio de cualquier proceso judicial.

8. En consecuencia, queda claro que OSITRAN, al exigir la continuación del proceso de acceso, no ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ENAPU, sino que ha actuado de acuerdo a lo previsto en la ley.
9. La actuación de OSITRAN no ha impedido a ENAPU presentar una demanda judicial contra la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, tan es así que efectivamente la ha presentado, habiéndose la misma declarado improcedente.
10. En ese sentido, carece de sustento legal sostener que OSITRAN “se está avocando a causa pendiente de resolver ante el Poder Judicial”, dado que al no existir mandato judicial que suspenda la ejecución de la resolución del Tribunal de OSITRAN, ENAPU no tiene amparo legal para negarse a su ejecución. Distinto sería el caso en que OSITRAN recién tomara jurisdicción para conocer el tema después de haberse iniciado el proceso judicial, en dicho caso sí se violaría el principio de no avocarse a causas judiciales pendientes.
11. Por otro lado, con relación a las nuevas pruebas presentadas por ENAPU para sustentar su Recurso de Reconsideración, consistentes en la Resolución N° 14 de fecha 20 de enero de 2004 expedida por el Sexto Juzgado en lo Civil del Callao en el proceso de Medida Cautelar fuera de Proceso iniciado por CORMIN contra ENAPU S.A. y en la Carta C-159-2004-AQL; debe precisarse que no son pertinentes para efectos de acreditar el presente extremo de la apelación, pues las referidas instrumentales en nada enervan las facultades de OSITRAN para ejecutar sus resoluciones.
12. En conclusión, carece de fundamento legal el planteamiento de ENAPU, con relación a que OSITRAN está avocándose causa pendiente ante el Poder Judicial, por lo que la renuencia de ENAPU para continuar con el procedimiento de Acceso al TP Callao, iniciado como consecuencia de la solicitud de acceso que le presentara CORMIN de conformidad con el REMA de OSITRAN, es ilegal.

C.2. EL REMA SOLO SE APLICA A LAS SOLICITUDES DE ACCESO A FACILIDADES ESENCIALES PORTUARIAS EXISTENTES:

1. Para que el mecanismo de asignación de recursos por medio del mercado conduzca a la eficiencia, debe haber libre entrada y salida de los agentes económicos a éste. Con libre movilidad, los mercados son disputables y se puede alcanzar eficiencia en la asignación de recursos. En ese escenario, las empresas monopólicas están limitadas en sus posibilidades de abusar de su posición de dominio simplemente porque, por definición, la competencia limita dicha posibilidad. Además, los agentes enfrentan mínimos costos adicionales de disputar el mercado o de sufrir las consecuencias de decisiones equivocadas. Para que la competencia rinda sus frutos en mayor eficiencia y mayor bienestar, es imprescindible que las barreras al acceso al mercado sean mínimas o bien inexistentes.
2. La necesidad del “Acceso” se sustenta en esta idea y encuentra su justificación dentro de las iniciativas de desregulación, liberalización y

apertura de mercados vinculados a la infraestructura de transporte. El principal objetivo de las iniciativas de acceso es introducir la competencia en segmentos donde ésta sea factible.

En tal sentido, el sistema de transporte marítimo, como una cadena de infraestructura complementaria relacionada verticalmente, ofrece servicios en condiciones de competencia diferentes. Los servicios principales son brindados en condiciones de monopolio y los servicios complementarios en condiciones de competencia. En consecuencia, la firma monopólica podría tener incentivos para negarse a dar acceso a los mercados competitivos con el fin de expandir su poder de mercado a estos segmentos. La extensión del poder de mercado del segmento monopólico a un segmento competitivo, podría tener como finalidad cerrar el acceso a una facilidad esencial y obstaculizar, de esta forma, el desarrollo de la competencia sin una razón justificada.

3. El acceso a la infraestructura de los terminales portuarios **constituye un insumo central para completar la cadena logística de transporte y hacer viable la competencia donde sí es factible.** En ese sentido, el Acceso es un mecanismo de asignación eficiente de recursos que permite la libre entrada y salida de los agentes al mercado, la libre movilidad de recursos, e impide -a través de la competencia- el abuso de una posición dominante.

Al respecto, Antonio Estache y Ginés de Rus¹ señalan:

“Estas reglas [las reglas de acceso] son un importante componente de las políticas de efectiva promoción de la competencia en todos los segmentos de las industrias de redes, tales como vías férreas y, más localmente, en aeropuertos y puertos, cuando algunas facilidades esenciales deben ser compartidas por el propietario con el competidor. Ellas garantizan que los competidores tengan acceso a los servicios de las facilidades ‘potenciales de cuello de botella’ las mismas que son costosas de duplicación”.

4. El acceso es necesario para que los usuarios intermedios se encuentren en capacidad de poder brindar servicios esenciales. Un servicio esencial es aquel que resulta necesario para operar o mantener los servicios de transporte en el puerto, es decir, que resulta necesario **para completar la cadena logística de transporte. Esto quiere decir que tiene por objeto el traslado de la carga en una relación origen-destino.** Ello ocurre, por ejemplo, con el **servicio de embarque o desembarque** de concentrado de minerales, sin el cual completar la cadena logística de transporte resulta imposible.

¹ ESTACHE, Antonio y Ginés de Rus. “The Regulation of Transport Infrastructure and Services: A Conceptual Overview”. En: Privatization and Regulation of Transport Infrastructure: Guidelines for Policymakers and Regulators”. Washington D.C., The World Bank, 2000. Traducción libre del siguiente texto: “Yet these rules are an important component of policies for promoting effective competition in all segments of network industries, such as in railways and, more locally, in airports and ports when some facilities have to be shared by an owner with competitors. They guarantee that competitors have access to the services of ‘potential bottleneck facilities’ that are too costly to duplicate”.

5. Para lograr tal finalidad, los usuarios intermedios que brindan servicios esenciales deben estar en capacidad de poder utilizar parte de la infraestructura calificada como Facilidad Esencial. Si para brindar el servicio es indispensable *usar* parte de la infraestructura, el acceso a ésta deberá ser indiscutible, con la salvedad de las limitaciones impuestas de conformidad con el marco normativo. En efecto, de lo señalado se desprende que el acceso a las instalaciones esenciales (terminal portuario) es determinante para que el usuario intermedio pueda brindar sus servicios (calificados también como servicios esenciales).
6. Al respecto, con relación al alcance del derecho de Acceso se debe considerar que el Artículo 3º del REMA define el Acceso a las Facilidades Esenciales en los siguientes términos:

<<Artículo 3º.- Concepto de acceso.

Se entiende por acceso a la infraestructura de transporte de uso público el derecho a la entrada o ingreso a la infraestructura por parte de un usuario intermedio interesado en **utilizarla como insumo o recurso para brindar servicios que se integran en la cadena logística.**

En consecuencia, no constituye objeto de este Reglamento el acceso a la infraestructura por parte de usuarios finales, ni el acceso por parte de usuarios intermedios que tengan por objeto brindar servicios distintos a los definidos en el párrafo anterior.

Ello es sin perjuicio de las facultades y competencias de OSITRAN para regular y vigilar el uso de los bienes entregados en concesión a la entidad prestadora según las normas y dispositivos pertinentes y lo que establezcan los contratos de concesión.>>

7. Tal como se ha referido, el acceso está vinculado con la posibilidad de (i) evitar restringir la competencia en el proceso del servicio que se pretende brindar y (ii) **poder completar la cadena logística del servicio del transporte.** Precisamente son esas dos características las que constituyen -como se ha señalado- la racionalidad económica del derecho de acceso.
8. ¿Qué comprende el “acceso” que está regulado por el REMA y en qué casos es aplicable este dispositivo reglamentario? Para responder ello, **es necesario preguntarse si el servicio que el usuario intermedio desea brindar es de tal naturaleza que resulta necesario para poder completar la cadena logística del transporte; es decir, si tiene por objeto culminar o completar el traslado de carga en una relación origen - destino.** En caso de ser positiva la respuesta, entonces corresponde preguntarse **si para brindar el servicio calificado como esencial es indispensable -por no existir una alternativa técnica o económica viable- que se brinde acceso a una parte de la infraestructura controlada por la entidad prestadora.** Si la respuesta es positiva, entonces es un caso que debe sujetarse a las reglas contenidas en el REMA.
9. En este contexto, un servicio que se encuentre dentro de la cadena logística y que además necesite de la Facilidad Esencial portuaria para

prestarse, se encontrará sujeto al REMA y podrá contar con el acceso a la infraestructura portuaria que requiere.

10. El acceso involucra una serie de derechos que puede tener el usuario intermedio que se sujeta al REMA. La “utilización” de la infraestructura es un concepto muy amplio, con relación al cual no se ha considerado restricciones o limitaciones específicas. Si necesita la infraestructura para desarrollar servicios esenciales, entonces se permite la utilización de dicha infraestructura de la manera más adecuada para que tales servicios sean brindados. **El derecho de acceso, por tanto, no implica solo la obligación de cargo del titular de no oponerse al uso de la infraestructura, sino también la obligación de éste de crear (o permitir crear) las condiciones para que el acceso opere de manera adecuada.**
11. El derecho de acceso a la infraestructura **no se encuentra limitado al concepto de ingreso entrada a la infraestructura; no hay nada en el derecho de acceso que excluya la posibilidad de hacer modificaciones en la infraestructura con el objeto de hacer viable la posibilidad de brindar el servicio esencial de que se trate.**
12. La racionalidad económica del derecho de acceso entendida como requisito indispensable para brindar el servicio esencial tampoco sugiere distinguir entre construcción y entrada o ingreso. La naturaleza económica de tal derecho sugiere que se deben emplear los “medios necesarios” para brindar el servicio integrante de la cadena logística, lo que puede incluir la modificación de la infraestructura mediante su ampliación.
13. Si para brindar el servicio integrante de la cadena logística se requiere efectuar construcciones dentro de las instalaciones esenciales, entonces tales construcciones también se encuentran reguladas dentro del ámbito del REMA como un derecho de acceso a la infraestructura.
14. En esa línea, asumiendo el caso de un usuario intermedio que brinda el servicio de carga en camiones; si las dimensiones de los camiones utilizados por tal empresa son superiores a las dimensiones de la puerta de entrada a una de las instalaciones principales de la infraestructura esencial, ello impediría la entrada de los camiones al terminal. En ese contexto, no resultaría razonable imaginar que el acceso a los camiones estaría restringido de manera definitiva, porque éstos estarían impedidos de entrar a la facilidad esencial por cuestiones de adaptación a la infraestructura.

Pues bien, en la medida que el ingreso de tales camiones involucra el desarrollo del servicio esencial, entonces **su derecho de acceso incluye también la posibilidad de realizar obras civiles dentro de la infraestructura.** Tales obras civiles implican el derecho del usuario intermedio para poder efectuar las demoliciones y ajustes correspondientes con la finalidad de adecuar la infraestructura a sus necesidades. Dicho ejemplo demuestra la posibilidad de construir y realizar obras civiles dentro de la infraestructura esencial como parte del derecho de acceso.

15. En tal virtud, no debe confundirse el derecho de Acceso, con el problema de cómo y a quién se asigna la titularidad sobre las construcciones y mejoras que son necesarias para poder conceder el acceso. Son problemas a dos niveles y el hecho de que finalmente lo que se construya termine incorporándose como parte de los bienes del puerto o como mejoras que se vuelven parte del bien principal, no excluye la aplicación del REMA.
16. Esta posibilidad no solo no está excluida, sino que está expresamente prevista por el REMA, el que contempla la eventualidad de construir o modificar infraestructura dentro de las instalaciones esenciales, por parte de usuarios intermedios. Sobre el particular, cabe indicar que el Artículo 81° del REMA otorga a los usuarios intermedios la posibilidad de efectuar modificaciones dentro de la instalación esencial. Tales modificaciones están referidas a la posibilidad de construir o realizar obras civiles.

En efecto, el artículo 24 del REMA señala lo siguiente:

<<Artículo 81°.- Modificación de la infraestructura.

Toda entidad prestadora informará al OSITRAN, así como a los usuarios intermedios con los que tenga contratos de acceso, los cambios que introduzca en su infraestructura que afecten la relación de acceso u otro servicio público de transporte, tan pronto como se adopte la decisión de introducirlos y con anticipación suficiente para la adopción de las medidas necesarias para minimizar los impactos de tales modificaciones en la relación de acceso.

Así mismo la entidad prestadora deberá informar a los usuarios intermedios el plazo en que se ejecutarán las obras correspondientes, el mismo que deberá ser razonable y adecuado a las circunstancias.

Los usuarios intermedios podrán, previa autorización de la entidad prestadora, efectuar cambios y ajustes en la infraestructura sujetándose a las reglas establecidas en el presente artículo.

Cualquier discrepancia en la aplicación del presente artículo será resuelta en primera instancia por la entidad prestadora y en segunda instancia por el Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN.>>

17. La racionalidad de esta norma se encuentra alineada con la racionalidad económica del derecho de acceso. En efecto, un usuario intermedio que necesita modificar las instalaciones de la infraestructura esencial con la finalidad de poder brindar su servicio, podría hacer uso de su derecho de acceso y proceder a modificar la infraestructura, previa aprobación del concesionario u entidad prestadora según sea el caso.

Nótese que la norma se encuentra en un Capítulo titulado “De las Condiciones de Acceso”, es decir en la parte que regula los elementos adicionales que deben contemplarse a la simple actividad permisiva de entrada y al pago del cargo de acceso. En otras palabras **la modificación de la infraestructura** (y sin duda la construcción de

nuevos elementos en la misma) **puede ser contemplada como una condición del acceso**. Y sin duda la calidad o características de la infraestructura a construirse podría ser un factor de competencia en una subasta por obtener el acceso.

18. La modificación de la infraestructura puede producirse una vez que el acceso ha sido concedido (por ejemplo, por un cambio tecnológico que implica la realización de obras para su implementación, una vez que el usuario ya viene gozando del acceso). Pero también puede tratarse de cambios que se han pedido antes de iniciar la prestación del servicio, como una condición de acceso necesaria para poder prestar el servicio intermedio.

Los cambios en la infraestructura como condición de acceso no solo están legalmente permitidos, sino que reflejan la realidad económica y la necesidad de permitir la innovación en los servicios.

La introducción de una nueva tecnología (en este caso una faja transportadora) implica un cambio evidente en la infraestructura. La infraestructura está preconditionada para brindar los servicios bajo modalidades y tecnologías definidas. El cambio de modalidades y tecnología requiere de cambios en la infraestructura para poder ser implementados.

19. Así, si el embarque de concentrados de minerales se hace usando camiones, la infraestructura necesaria implica la existencia de pistas que permitan el acceso de los camiones al muelle. Pero si se cambia la tecnología por fajas, las pistas se hacen innecesarias y se requiere un cambio en la infraestructura para hacer el cambio viable. **Limitar el acceso y señalar que la introducción de una nueva modalidad para un servicio sustituto requiere de una Concesión, implica crear barreras innecesarias para la innovación tecnológica, limitando así la mejora de los servicios sin razón aparente. De hecho, ello podría implicar un tratamiento discriminatorio: mientras que a algunos usuarios intermedios se les exige una concesión, a otros se les requiere simplemente someterse al REMA.**
20. En ese sentido, no existe una limitación al derecho del usuario intermedio de poder efectuar modificaciones a la infraestructura esencial como parte del acceso inicial a la misma. **Si las construcciones son necesarias para brindar el servicio esencial, entonces éstas se encuentran sin duda alguna dentro del ámbito de aplicación del REMA, como condiciones de acceso.**

Las modificaciones a las que se refiere el Artículo 81º no son sino precisiones acerca de la amplitud del derecho de acceso, el mismo que no se restringe a la entrada o ingreso del usuario intermedio sino que además comprende la construcción de infraestructura dentro de las instalaciones esenciales.

21. Es más, las construcciones efectuadas podrían favorecer el desarrollo de la infraestructura y podrían incentivar las posibles inversiones en las instalaciones esenciales cumpliendo de esta manera con el principio de

promoción de la inversión privada y la competencia. **El acceso al uso de infraestructura debe establecer un balance entre la incorporación de más competencia y crear los incentivos para el aumento y cobertura de la infraestructura, así como al mejoramiento de la calidad de la misma.** Ello ha sido claramente definido en el Artículo 9° y 12° del REMA.

22. En conclusión, en la medida que el servicio para cuya prestación se solicite el Acceso a las Facilidades Esenciales portuarias, forme parte de la cadena logística de transporte, el acceso a la infraestructura portuaria incluye el uso, entrada, ingreso o construcción de cualquier medio para hacer posible el suministro del servicio. Entonces, el REMA sí se aplica a los casos en que el usuario solicitante construirá una nueva Facilidad Esencial portuaria con el fin de prestar el servicio esencial materia de la solicitud de Acceso.

C.3 OSITRAN NO HA RESPETADO EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”:

1. ENAPU señala que OSITRAN no ha respetado el principio jurídico del “Non Bis In Idem”, establecido en el Numeral 10, Artículo 230° de la LPAG, en atención a que se estaría sancionando a ENAPU por los mismos hechos que guardan relación al caso que es materia del Recurso de Reconsideración, en razón que por resolución de Consejo Directivo N° 008-2003-CD/OSITRAN se le impuso una multa equivalente al 0.1% de sus ingresos del año anterior.
2. Sobre este tema, en primer lugar debe señalarse que:
 - a) Por Resolución de Consejo Directivo N° 008-2003-CD/OSITRAN se sancionó a ENAPU *por no cumplir con la publicación* a la que se refiere el Artículo 33° del REMA; y que,
 - b) Por la Resolución de Gerencia General N° 012-2004-GG-OSITRAN, impugnada en el presente procedimiento, se ha sancionado a ENAPU *por negarse a continuar con el proceso de subasta para brindar el servicio de estiba y concentrados de mineral.*
 - c) Por lo que resulta evidente, que se trata de hechos distintos y en consecuencia, de sanciones distintas impuestas por (valga la redundancia) hechos distintos.
3. El Numeral 10) del artículo 230° de la LPAG que precisa el contenido del principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador:

“No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.
4. La referida norma, restringe la aplicación del principio “non bis in idem” a los casos en que concurren un delito y una infracción administrativa y *no dos sanciones administrativas, lo que no se ha presentado en el caso materia de la controversia.* La norma se refiere al “mismo hecho”

y no a “hechos relacionados”, lo que igualmente no se da en el presente caso.

5. Asimismo, debe señalar que si se aceptase la tesis de ENAPU, en el sentido que una vez sancionado el administrado por un hecho “X” no puede ser sancionado posteriormente por otros hechos relacionados a este hecho “X”, se llegaría al absurdo de que el administrado no tendría incentivos para cumplir con los hechos relacionados, lo que en el caso concreto se traduciría en que por haber sido sancionada ENAPU por no haber realizado la publicación a que se contrae el artículo 33° del REMA, no podría volver a sancionársele en relación a hechos relacionados (como negarse a continuar la subasta) con el cual reinaría la impunidad y desaparecería el acceso y la posibilidad de competencia.
6. En consecuencia, al no cumplirse los presupuestos legales para la aplicación del principio “non bis in idem” en el presente caso, la argumentación de ENAPU en este extremo resulta igualmente infundada.

C.4 LAS FUNCIONES DE OSITRAN RELATIVAS AL ACCESO A LAS FACILIDADES ESECIALES, HA SIDO TRANSFERIDA A LA APN (MTC):

1. ENAPU señala que habiéndose expedido la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, su Reglamento y demás normas modificatorias; es necesario recalcar que OSITRAN debe tomar en consideración, lo señalado en el Art. 101° del Reglamento, modificado por el Art. 1° del Decreto Supremo N° 013-2004-MTC, donde indica que ciertas funciones propias de OSITRAN, las mismas que están señaladas en el artículo 106° se transfieren a la Autoridad Portuaria Nacional; así como el hecho que las funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, relacionadas a “*Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el Acceso a la infraestructura portuaria, sujetos al ámbito de su competencia*”, tal como en su oportunidad se pronunciaron el Director General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Oficio N° 709-2003-MTC/13 de fecha 27 de agosto de 2003.
2. Al respecto, debe señalarse que ENAPU ha citado la norma de manera incompleta, pues el último párrafo del artículo 101° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional – modificado por el Decreto Supremo N° 013-2004-MTC – señala expresamente lo siguiente:

<<En aquellos casos, en los que un usuario intermedio, autorizado por la Autoridad Portuaria Nacional con las licencias señaladas en el artículo 45°, requiera utilizar la infraestructura o instalaciones portuarias de uso público, para poder prestar sus servicios en el mercado, **el Administrador Portuario deberá seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Corresponde a OSITRAN garantizar el ejercicio de tal derecho a los usuarios intermedios de conformidad con lo establecido en el numeral 21.2 de la Ley**>>.

3. De lectura del referido párrafo, queda claramente zanjada la discusión en el sentido que **OSITRAN nunca perdió sus competencias para regular el acceso entendido como fenómeno económico**. En consecuencia, la actuación de OSITRAN a lo largo del presente proceso ha estado estrictamente ajustada al marco legal vigente.
4. Con relación a lo señalado por el Director General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Oficio N° 709-2003-MTC/13 de fecha 27 de agosto de 2003 en el sentido que *“las inversiones en la infraestructura portuaria así como el otorgamiento temporal de la administración de algunas de éstas al sector privado, deberá efectuarse de conformidad con lo que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Portuario”*, debe señalarse que la referida afirmación (sin perjuicio de que OSITRAN la consideró incorrecta y así fue señalado en su debida oportunidad), fue realizada con anterioridad a la promulgación del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional.
5. Al respecto, somos de la opinión que el Artículo 7° del Reglamento de la LSPN, aprobado por D.S. N° 003-2004-MTC, señala expresamente que el Plan Nacional de Desarrollo Portuario y los Planes Regionales de Desarrollo Portuario, no limitan o impiden la construcción, ampliación, equipamiento o modificación de infraestructura portuaria privada, sea ésta de uso público o privado. En consecuencia, el argumento de ENAPU en el sentido que el proyecto para la construcción e implementación de una Faja de Transporte de concentrado de minerales para la prestación del Servicio Esencial de Embarque de dichos concentrados, deba estar previamente prevista en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, carece de fundamento legal, y constituye un incumplimiento flagrante a lo establecido en el Artículo 7° del RGTO-LSPN por parte de ENAPU.
6. Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27761, Ley que excluye proyectos que contribuyan a la protección del medio ambiente de los alcances del Artículo 2 de la Ley N° 27396, el proyecto de inversión privada para la instalación de una faja fija de transporte de minerales, en el TP Callao, es un proyecto de necesidad y utilidad pública. Por tanto, de acuerdo a dicha ley, ni el MTC ni ENAPU, pueden dejar de cumplir lo establecido en dicha norma, con relación a los proyectos de inversión privada que contribuyen a la protección y defensa del medio ambiente en los terminales portuarios del país, como es el caso del procedimiento de acceso al TP Callao para la instalación de una Faja fija aérea de transporte de minerales, siendo nulo cualquier acto de ENAPU contrario a la ejecución de proyectos relativos a mejora en el manejo ambiental en los puertos.
7. Del mismo modo, con relación a la argumentación de ENAPU respecto a que OSITRAN debió detener el procedimiento administrativo de acceso iniciado, como consecuencia de la expedición de sendas comunicaciones del ex - Vice Ministro de Transportes y del ex – Director General de Transporte Acuático del MTC, es necesario tomar en cuenta que el Artículo 63° de la LPAG, establece preceptos relacionados con las competencias administrativas. Así, sanciona con nulidad a todo acto administrativo o contrato, que contemple la

renuncia a la titularidad o la abstención en el ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo; y, establece que, únicamente por ley o mediante mandato judicial expreso, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa.

Dado que como ha sido mencionado, no existe disposición legal expresa alguna, ni mandato judicial que faculte a OSITRAN o a ENAPU a no ejercer las competencias y cumplir las obligaciones que tienen atribuidas. En ese sentido, el no continuar con la tramitación del procedimiento administrativo de acceso, implica una demora o negligencia en el ejercicio de las competencias y por lo tanto, de acuerdo a lo previsto en el citado Artículo 63° de la LPAG, pasible de ser sancionada disciplinaria y administrativamente.

8. Asimismo, con relación a la pretendida necesidad de ENAPU de consultar con “estamentos orgánicos superiores”, debe recalcar que siendo dicha empresa una sociedad anónima, los únicos estamentos orgánicos superiores que tiene son su Junta General de Accionistas y su Directorio, los cuales son órganos societarios que carecen de poder para desvirtuar o determinar la inaplicación de lo establecido por normas de orden público, como el REMA de OSITRAN.
9. Del mismo modo, se debe tomar en cuenta que con tal planteamiento, ENAPU pretende sostener que existe una relación jerárquica entre ENAPU y el MTC, que permitiría a éste último examinar, revisar² y eventualmente, modificar lo actuado por ENAPU, con relación al procedimiento administrativo de acceso iniciado.
10. Al respecto, conviene anotar lo que señala el tratadista Juan Carlos Morón Urbina³, especialista en Derecho Administrativo:

<<Un tema de necesaria precisión es el referido a quien desempeña el rol de “superior jerárquico” (...).

El recurso administrativo de apelación, también denominado por la legislación comparada y la doctrina, como recurso jerárquico, es aquel que se plantea ante una autoridad cuya competencia está jerárquicamente ordenada respecto a la autoridad, cuya decisión se controvierte.

De ahí que constituya presupuesto del recurso de apelación que entre la autoridad que conoce el recurso y aquella cuyo acto es controvertido, exista una relación de jerarquía, que permita al superior examinar sus actos, modificar y sustituirlos por otros correctos, suspenderlos o revocarlos. Procederá, entonces, el recurso administrativo donde quiera que existan autoridades relacionadas por un vínculo jerárquico con potestad de control por parte del órgano superior sobre el inferior.

² Con lo que se plantea una suerte de procedencia de la apelación de las decisiones de ENAPU, ante el MTC.

³ En “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, pag. 458 y 459. Octubre 2001. Editorial “Gaceta Jurídica S.A.”

Esta distinción es importante por cuanto en nuestra práctica administrativa es común ver casos de confusión entre las relaciones jerárquicas y las relaciones de tutela sectorial, en el caso del gobierno central (por ejemplo, entre el Ministerio responsable del Sector) y de la tutela sectorial, respecto a una entidad con personería propia dentro del mismo sector (...).

El caso más reiterado es el de pretender plantear recurso de apelación ante organismos que tiene relación de tutela sectorial y no de jerarquía, como es un Ministerio y un organismo público descentralizado. Entre ellos existe una relación de tutela, por cuanto se trata de dos entes diferentes (aunque el primero de mayor preponderancia, funciones y responsabilidades), sin embargo, el superior carece de la potestad de corrección de actos, salvo disposición legal expresa que así lo autorice.>>⁴

11. De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27791-Ley de Organización y Funciones del MTC y lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por D.S. N° 041-2002-MTC, ENAPU es una empresa adscrita al Sub-sector Transportes. Ello no implica en modo alguno, que exista alguna disposición en los referidos cuerpos normativos, que someta a ENAPU una relación de jerarquía con relación al MTC.
12. En concordancia con ello, el D. L N° 098, establece en su Artículo 2°, que **en ejercicio de su objeto social, la empresa actúa con autonomía económica, financiera, técnica y administrativa** y con arreglo a las políticas que dicte el MTC. En tal virtud, lo que existe entre ENAPU y el MTC es una relación de tutela sectorial, que obliga al primero a actuar dentro de las políticas sectoriales del segundo. Sin embargo, esa relación de tutela sectorial no comprende en modo alguno, la capacidad legal del MTC para poder modificar decisiones empresariales de ENAPU y tampoco la capacidad de autorizar que ENAPU no cumpla con normas de orden público, que le son aplicables en su condición de empresa que con título legal explota infraestructura portuaria de uso público, como es el caso del REMA de OSITRAN.
13. Lo anterior, es concordante con lo establecido en el D. L. N° 757, que en su Artículo 7°, señala que cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. Asimismo, que en ningún caso, se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración. Dicha norma, apunta a establecer claramente dentro del Estado, condiciones de comportamiento sustancialmente diferentes, en el caso que Estado se comporte como otro agente económico más, del caso en el que se comporte como un ente de la Administración Pública. Esa diferenciación de roles, es parte del fundamento del régimen económico adoptado por el Estado en la Constitución Política del País.
14. Dicha norma, tiene como objetivo justamente, diferenciar los roles de las empresas públicas – agentes económicos – de los roles que

⁴ El subrayado es nuestro.

desempeña un órgano de la Administración Pública – como el MTC – con atribuciones de imperio. En suma, el Estado en su rol de agente económico (empresa), se comporta de manera igual y con los mismos parámetros que un agente económico privado, pero en su rol de Administración Pública, tiene atribuciones de las que no goza como empresa.

15. Por todo lo expuesto, carece de fundamento legal pretender que el MTC tiene capacidad de revisión de las decisiones empresariales que corresponden a ENAPU como agente económico, lo cual incluye recibir y tramitar conforme al REMA, las solicitudes de acceso de los usuarios intermedios, para utilizar Facilidades Esenciales portuarias, con el fin de prestar sus propios servicios esenciales en el mercado.

16. En consecuencia, las afirmaciones de ENAPU en relación a este extremo de la apelación deben declararse igualmente infundadas.

D. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

De acuerdo al análisis efectuado se concluye lo siguiente:

1. Carece de fundamento legal el planteamiento de ENAPU, con relación a que OSITRAN está avocándose causa pendiente ante el Poder Judicial, por lo que la renuncia de ENAPU para continuar con el procedimiento de Acceso al TP Callao, iniciado como consecuencia de la solicitud de acceso que le presentara CORMIN de conformidad con el REMA de OSITRAN, es ilegal.
2. En la medida que el servicio para cuya prestación se solicite el Acceso a las Facilidades Esenciales portuarias forme parte de la cadena logística de transporte, el acceso a la infraestructura portuaria incluye el uso, entrada, ingreso o construcción de cualquier medio para hacer posible el suministro del servicio. Por tanto, el REMA sí se aplica a los casos en que el usuario solicitante construirá una nueva Facilidad Esencial portuaria con el fin de prestar el servicio esencial materia de la solicitud de Acceso.
3. No se cumplen los presupuestos legales para la aplicación del principio “non bis in idem” en el presente caso, por lo que la argumentación de ENAPU en este extremo resulta igualmente infundada, de acuerdo a lo establecido por la LPAG.
4. De la normatividad vigente, LSPN y normas reglamentarias, queda claramente zanjada la discusión en el sentido que OSITRAN nunca perdió sus competencias para regular el derecho de acceso de los usuarios intermedios de utilizar las Facilidades Esenciales portuarias, correspondiéndole garantizar el ejercicio del tal derecho de conformidad con el REMA. En consecuencia, la actuación de OSITRAN a lo largo del presente proceso ha estado estrictamente ajustada al marco legal vigente.

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Numeral 6.3º de la Ley N° 26917, Artículo 3º, Literal d) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Artículo 37º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM, el Numeral 21.2 de la Ley N° 27943 y el Artículo 52º del RIS, aprobado por Resolución N° 006-99-

CD-OSITRAN; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 07 de julio de 2004:

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A., en contra de la Resolución N° 023-2004-GG-OSITRAN.

SEGUNDO: Notificar la presente resolución a la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A., y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

TERCERO: Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

CUARTO: Autorizar la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente