

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 014-2005-CD/OSITRAN

Lima, 17 de febrero de 2005.

MATERIA : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN N° 055-2004-CD-OSITRAN

ENTIDAD PRESTADORA : ENAPU S.A.

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PUBLICO.

VISTO el Recurso de Reconsideración formulado por la empresa Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA) mediante comunicación s/n recibida el 10 de enero de 2005, el Informe GS-GRE-GAL N° 003-05-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que adjunta el mismo.

CONSIDERANDO:

I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE:

1. El literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y *preservar* la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales.
2. El Literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala que es función de OSITRAN *cautelar* el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
3. El literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631, establece que la *función normativa* de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, *normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y Mandatos* u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
4. El Artículo 1° del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por D.S. N° 032 – 2001 – PCM, establece que es función exclusiva del Consejo Directivo ejercer la función normativa general y reguladora de OSITRAN.

5. El artículo 3° del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. N° 010 – 2001 – PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a *garantizar* al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
6. El Artículo 24° del mencionado Reglamento General de OSITRAN establece que *en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede dictar normas relacionadas con el acceso a la utilización de la Infraestructura.*
7. El Numeral 21.2 de la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), establece que en materia de infraestructura portuaria de uso público, OSITRAN *conserva sus funciones normativas propias.*
8. El Artículo 101° del Reglamento de la LSPN, modificado por D.S. N° 013-2004-MTC, que establece que en los casos que un usuario intermedio requiera utilizar infraestructura o instalaciones portuarias de uso público, para poder prestar sus servicios en el mercado, el Administrador Portuario (Entidad Prestadoras bajo la competencia de OSITRAN), deberá seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público, correspondiéndole a OSITRAN garantizar el ejercicio de tal derecho a los usuarios intermedios de conformidad con lo establecido en el numeral 21.2 de la LSPN.
9. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) aprobado por OSITRAN mediante Resolución N° 014 -2003-CD/OSITRAN.
10. El REMA establece en su artículo 11° que OSITRAN está facultado a ordenar el otorgamiento del derecho de Acceso o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de un acuerdo entre ellas.
11. El Artículo 43° del REMA establece que OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso, determinando a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso.

II. LOS ANTECEDENTES:

1. Resolución N° 014-2003-CD/OSITRAN mediante la cual se aprueba el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)¹
2. Con el fin de iniciar las negociaciones que permitan acordar las condiciones para suscribir el respectivo Contrato de Acceso, necesario para regularizar la prestación del servicio de remolaje por parte del mencionado Usuario Intermedio, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) lo convocó a una reunión a través del Oficio N° 049-2004 ENAPU/GC del 04 de mayo del presente.
3. Acta de la Reunión de fecha 10 de mayo de 2004, en la que consta que el Usuario Intermedio y ENAPU no llegaron a un acuerdo con respecto a la contraprestación (o

¹ El Reglamento está disponible en la siguiente dirección:
<http://www.ositran.gob.pe/documentos/R014-2003-CD.pdf>

cargo de acceso) que ENAPU propuso, por la utilización de facilidades esenciales para la prestación del servicio de remolcaje.

4. Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-CD-OSITRAN, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Acceso de ENAPU, el mismo que establece en su Capítulo II la definición, requisitos y características operativas necesarias para obtener el acceso correspondiente a la prestación de remolcaje.
5. Solicitud de emisión de Mandato de Acceso recibida el 06 de julio de 2004.
6. Oficio N° 514-04-GS-OSITRAN del 8 de julio de 2004 se le solicita a TRAMARSA, que complete la información contenida en su solicitud de emisión de mandato de acceso, en lo referente al detalle de los puntos o acuerdos en que no existen discrepancias con ENAPU. Dicha solicitud se realiza con el fin de cumplir con lo establecido en el literal c) del artículo 97° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA).
7. Comunicación GG 046 recibida el 13 de julio de 2004, TRAMARSA da respuesta a la solicitud mencionada en el numeral anterior, ampliando su solicitud de acceso a los Terminales Portuarios de Salaverry, Chimbote y General San Martín.
8. Oficio N° 515-04-GS-OSITRAN del 08 de julio de 2004 se solicitó a ENAPU que remita una copia de todas las comunicaciones cursadas con el Usuario Intermedio, referidas al proceso de acceso antes mencionado.
9. Carta N° 570-2004-ENAPU S.A./GG del 16 de julio de 2004, ENAPU atiende el requerimiento del Oficio N° 515-04-GS-OSITRAN.
10. Informe N° 260-04-GS-C2-OSITRAN, 16 de agosto de 2004, se emite los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado por el Usuario Intermedio, el cual recoge las recomendaciones contenidas en el Informe N° 048-04-GRE-OSITRAN con respecto al cargo de acceso correspondiente.
11. Oficio N° 634-04-GS-C2-OSITRAN y Oficio N° 638-04-GSC2-OSITRAN, ambos del 16 de agosto de 2004, se remite a ENAPU y al Usuario Intermedio, respectivamente, los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso, para que en el plazo de diez (10) días hábiles hagan llegar sus comentarios u observaciones al proyecto. Con los referidos oficios se notificó también a ambas partes, el Informe N° 048-04-GS-C2-OSITRAN que sustenta los respectivos cargos de acceso.
12. Oficio N° 665-2004 ENAPU S.A./GG, del El 26 de agosto de 2004, a través del cual la Entidad Prestadora remite sus comentarios al Proyecto de Mandato mencionado.
13. Mediante comunicación GG 067, recibida el 31 de agosto de 2004, el Usuario Intermedio solicita una ampliación de cuarenta y cinco (45) días calendario para la presentación de sus comentarios u observaciones al Proyecto antes remitido.
14. Carta GG 069 del 02 de setiembre de 2004, a través de la cual el Usuario Intermedio remite sus comentarios al referido Proyecto de Mandato.
15. Acuerdo N° 531-149-04-CD-OSITRAN de la Sesión N° 149-2004 del 07 de setiembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó de manera excepcional otorgar un

plazo adicional de treinta (30) días para presentar comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso por Servicio de Remolcaje.

16. Oficio Circular N° 034-04-GG-OSITRAN del 13 de setiembre de 2004, el Usuario Intermedio y ENAPU son notificados de la ampliación de plazo otorgada.
17. Comunicación de fecha 14 de octubre de 2004, mediante la cual el Usuario Intermedio alcanza sus comentarios al Proyecto de Mandato.
18. Informe N° 061-04-GRE-OSITRAN, El 28 de octubre de 2004, la Gerencia de Regulación propone los cargos de acceso para remolcaje.
19. Informe N° 377-04-GS-C2-OSITRAN del 28 de octubre de 2004, la Gerencia de Supervisión propone los términos para la emisión del Mandato de Acceso solicitado.
20. Sesión del 04 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó solicitar a la Gerencia de Regulación que amplíe su informe referido a los cargos de acceso para el servicio de remolcaje, con la finalidad de considerar el factor de productividad para la economía utilizado en el estudio de revisión tarifaria de la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A. (TISUR). Adicionalmente, se solicitó que la Gerencia de Supervisión prepare un informe ampliatorio con los nuevos cargos de acceso proporcionados por la Gerencia de Regulación y que presente los Proyectos de Resolución coordinados con la Gerencia de Asesoría Legal.
21. Informe N° 064-04-GRE-OSITRAN, del 05 de noviembre de 2004, la Gerencia de Regulación propone los los cargos de acceso a considerar en el Mandato de Acceso.
22. Informe N° 403-04-GS-C2-OSITRAN, del 10 de noviembre de 2004 se emite el informe que contiene los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado.
23. Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN, del 17 de noviembre de 2004, se aprueba el Mandato de Acceso a favor de TRAMARSA, para que brinde el servicio de practica en los Terminales Portuarios del Callao, Chimbote, General San Martín, Salaverry, Paíta e Ilo.
24. Oficio Circular N° 061-04-GG-OSITRAN del 24 de noviembre de 2004 se notifica a TRAMARSA la Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN y los Informes N° 402-04-GS-OSITRAN y N° 064-04-GRE-OSITRAN.
25. Oficio Circular N° 062-04-GG-OSITRAN de fecha 24 de noviembre de 2004, se notifica a ENAPU la Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN y los Informes N° 402-04-GS-OSITRAN y N° 064-04-GRE-OSITRAN.
26. El 29 de noviembre de 2004, se publica la referida Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN en El Diario Oficial El Peruano.
27. Mediante comunicación s/n recibida el 10 de enero del 2005, TRAMARSA presenta un Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN.
28. Por Oficio N° 058-2005-GG-OSITRAN de fecha 31 de enero del presente, se pone en conocimiento de ENAPU el escrito de reconsideración presentado por TRAMARSA

III. LAS CUESTIONES A RESOLVER:

1. De la evaluación de la documentación remitida a OSITRAN, y de conformidad con el marco normativo aplicable y los antecedentes a que se ha hecho referencia con anterioridad, el Consejo Directivo de OSITRAN considera necesario emitir su pronunciamiento respecto a los aspectos que se mencionan a continuación:
 - Numeral 5 – Cargo de acceso
 - Numeral 18 – Resolución de Contrato

IV. ANÁLISIS:

A continuación, se desarrolla el análisis de las cuestiones a resolver:

1. Con respecto al Numeral 5 – Cargo de acceso

- 1.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“5.- CARGO DE ACCESO

De acuerdo al Terminal Portuario, la Entidad Prestadora, realizará los siguientes cobros al Usuario Intermedio por concepto de cargo de acceso aplicable a la prestación del servicio de Remolcaje:

*Cargo de acceso para el servicio de Remolcaje
US\$ por operación (sin IGV)*

<i>Puerto</i>	<i>Año 1</i>	<i>Año 2</i>
<i>Callao</i>	<i>111.00</i>	<i>110.80</i>
<i>Paíta</i>	<i>69.00</i>	<i>68.90</i>
<i>Chimbote</i>	<i>95.00</i>	<i>94.80</i>
<i>G. San Martín</i>	<i>106.00</i>	<i>105.80</i>
<i>Salaverry</i>	<i>108.00</i>	<i>107.80</i>

Para efectos de la aplicación de estos cargos de acceso, se deberá considerar lo siguiente:

- *El año 1 se calcula desde la emisión del presente Mandato, pero la aplicación del cargo de acceso se iniciará a partir de la entrada en vigencia de las tarifas máximas aprobadas por la Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN. Para el caso del período anterior, no se cobrará un cargo de acceso para la prestación de este servicio,*
- *Serán aplicables por cada operación de atraque y desatraque*
- *No serán aplicables a las operaciones de cambio de sitio, abarloadamiento, desabarloadamiento o maniobras de giro.”*

- 1.2 Con relación al cargo de acceso, TRAMARSA señala en su escrito lo siguiente:

(...) la tarifa por uso de amarradero que paga Tramarsa y otras empresas de remolcaje estaría cubriendo los costos en que incurre Enapu por mantener la infraestructura utilizada por lo que dichos costos se encuentran ya incluidos en las tarifas de uso de muelle / uso de amarradero.

La idea del cargo de acceso no es la de cargar con mayores costos a los usuarios intermedios para crear una barrera de acceso al mercado. El cargo de acceso esta diseñado exclusivamente para cubrir los costos de la implementación y mantenimiento de la infraestructura en beneficio de la competencia y del uso eficiente de la infraestructura. Por lo tanto, si los costos de dicho mantenimiento ya están siendo cubiertos por la tarifa de uso de muelle / uso de amarradero, no deberá considerarse los mismos costos en la determinación del cargo de acceso.

Por otro lado, la fijación de tarifas para los terminales portuarios de Enapu a partir de la entrada en vigencia de las tarifas máximas aprobadas por la Resolución N° 031-2004-CD/Ositran que reduce las actuales vigentes de uso de muelle y amarradero, no puede ser compensada con la imposición de un cargo de acceso al servicio esencial de remolcaje.

Como se sabe, Tramarsa mantiene vigentes a la fecha contratos comerciales con armadores y fletadores que no pueden verse modificados con la imposición de un cargo de acceso. Ahora la imposición del cargo de acceso implicará necesariamente su traspaso inmediato por la vía de un incremento de fletes o recargos sobre las cargas de origen y destino a Perú.

En tal sentido, querer justificar la existencia de un Cargo de Acceso en un servicio como el del remolcaje, atribuyéndoles costos de facilidades esenciales que no están hechas ni diseñadas para el servicio en cuestión, si no para las naves, tiene como única finalidad compensar a ENAPU en la rebaja de tarifas que OSITRAN ha ordenado y que se llevaría a cabo y ahora a partir del 1/02/2005, no tendiendo un carácter técnico que justifique dicho cargo.

Por otro lado, conforme se explica en el informe de APOYO, la lista de facilidades esenciales según la Gerencia de Regulación no coincide en su totalidad con la lista de las facilidades esenciales consideradas por la Gerencia de Supervisión.

Mientras que la Gerencia de supervisión considera como facilidad esencial solamente la señalización portuaria, la poza de maniobras y la rada interior, la Gerencia de Regulación considera además la obra de abrigo y defensa.

En el informe de Apoyo se precisa que la señalización portuaria, así como las obras de abrigo y defensa son instalaciones diseñadas y orientadas a permitir la navegación de naves mayores que entran y salen del puerto y no la de remolcadores.

Asimismo, respecto de la poza de maniobra y la rada interior, ésta esta compuesta por el área acuática adyacente al terminal portuario, zona que es utilizada por las empresas de remolcaje para prestar sus servicios. Sin embargo, Enapu no es propietaria del área acuática que rodea al puerto, por tanto Enapu no puede pretender un cobro por el ingreso a dicha área.

Sobre el particular, de acuerdo con la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, Enapu no es propietaria del área acuática adyacente al puerto.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, no existe razón alguna para que se establezca un cargo de acceso sobre la base de infraestructura que no se utiliza para el servicio de remolcaje.

- 1.3 Al respecto, se debe tomar en cuenta la definición de Facilidad Esencial que establece el artículo 9° del REMA :

....se considera *Facilidad Esencial* a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) *Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.*
- b) *No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.*

La calificación de una Facilidad Esencial por parte de OSITRAN, ya sea de oficio o a pedido de parte, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.

El Anexo N° 1 del presente Reglamento establece la lista de las Facilidades Esenciales.

- 1.4 En efecto, para la prestación del servicio esencial de Remolcaje se requiere utilizar, dependiendo de la dotación de infraestructura del terminal portuario, una o más de las siguientes facilidades esenciales: poza de maniobras y rada interior, obras de abrigo o de defensa y señalización. Como se ha señalado en el Informe N° 064-04-GRE-OSITRAN (numeral 3.1) los terminales portuarios del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín, Ilo y Supe presentan dotaciones de infraestructura distintas.
- 1.5 TRAMARSA señala que las menores tarifas máximas aprobadas por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN no puede ser compensada con la imposición de un cargo de acceso al servicios esencial de remolcaje. Se debe precisar nuevamente, que la utilización de infraestructura debe tener una contraprestación, independientemente si se trata de una tarifa o un cargo. Asimismo, si la afirmación del usuario intermedio es verdadera, estaríamos frente a una práctica de subsidios cruzados, pues se estaría cargando costos a otros servicios. Conforme lo señala los Reglamentos de Tarifas y de Acceso, las tarifas o cargos se deben evitar subsidios cruzados y doble cobro. En este caso, una vez que se pongan en aplicación las nuevas tarifas máximas de ENAPU, se ponen en vigencia los cargos de acceso, con lo cual no se producen los problemas señalados.
- 1.6 En efecto, el marco regulatorio de OSITRAN sobre tarifas y acceso esta claramente definido en dos Reglamentos: i) El Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN y ii) el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD/OSITRAN.
- 1.7 Asimismo, TRAMARSA señala que las facilidades esenciales a que se hace mención no están hechas ni diseñadas para el servicio de remolcaje, sino para las naves. Es necesario precisar que no es materia de cuestionamiento para quien fue diseñada o construida la infraestructura portuaria, sino quiénes la usan para brindar servicios. Es decir, cuando un remolcador ingresa a una poza de maniobras o área acuática concesionada, cuya explotación, costos de inversión, costos de mantenimiento, seguros, seguridad se encuentran bajo responsabilidad de

ENAPU, dicho remolcador ocupa o utiliza parte de esa área, con lo cual reduce la disponibilidad de infraestructura.

- 1.8 Las facilidades esenciales consideradas en el Informe N° 064-04-GRE-OSITRAN provienen de los registros de infraestructura de los terminales portuarios de ENAPU, solicitados por OSITRAN con Oficio N° 025-02-GRE-OSITRAN del 16 de julio de 2002, en el marco del proceso de revisión tarifaria de oficio, la misma que no ha sufrido modificaciones, con excepción del Terminal Portuario de Salaverry.
- 1.9 Se cuestiona asimismo que ENAPU no es propietaria del área acuática, por tanto no puede pretender un cobro por el ingreso a dicha área. Es necesario precisar que el ordenamiento legal no permite la propiedad de áreas acuáticas. Sin embargo permite el otorgamiento de concesiones de uso de área acuáticas para diverso fines, entre otros la explotación de servicios portuarios. Los derechos de las concesiones acuáticas han sido acreditados por ENAPU mediante las Resoluciones Directorales N° 0598-2000/DCG, N° 0540-2000/DGC, N° 099-2003-DGC, N° 0786-2001-DGC, N° 0671-2003/DGC, N° 0601-2000/DGC, N° 012-2004/DGC, N° 0546-2003/DGC, N° 0547-2003/DGC y N° 0658-2003/DGC, otorgadas por Dirección General de Capitanías y Guardacostas.
- 1.10 ENAPU como titular del derecho de uso de área acuáticas se obliga al cumplimiento de la señalización náutica, programa de manejo ambiental, mantenimiento, seguridad, seguros, entre otras obligaciones.
- 1.11 Un caso similar ocurre con la concesión acuática otorgada por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas al Terminal Internacional del Sur S.A.(TISUR), con la cual TRAMARSA ha acordado el pago de un cargo de acceso por el uso de facilidades esenciales para remolcaje.
- 1.12 Con Relación a la Metodología de Determinación de Cargos de Acceso Utilizados por OSITRAN, TRAMARSA señala lo siguiente:

Según el artículo 27° del REMA el criterio de valoración de costos para calcular el cargo de acceso y su modalidad de aplicación, debe permitir a la entidad prestadora recuperar los costos económicos eficientes de proveer, mantener y desarrollar la infraestructura con un margen de utilidad razonable”.

Lo anterior implica que los costos relevantes para determinar el cargo de acceso no deben contemplar los costos ineficientes en los que puede estar incurriendo la empresa regulada, en este caso, ENAPU.

De no ser así, se estaría trasladando a las empresas que prestan el servicio de remolcaje costos ineficientes incurrido por ENAPU, que al final son trasladados por las empresas de remolcaje a las naves.

De acuerdo con la fijación del cargo de acceso estimada por OSITRAN, éste sería el menor valor entre el cargo propuesto por ENAPU y el costo medio estimado para la provisión de las facilidades esenciales involucradas en la prestación del servicio de remolcaje mas un margen del 12%.

El costo total involucrado en la prestación del servicio de remolcaje fue realizado a partir del Costeo Basado en Actividades (Costeo ABC) para ENAPU, que hicieron

las empresas NERA y Price Waterhouse Coopers en el año 2002 por encargo de OSITRAN.

Ahora de acuerdo al informe de APOYO, la metodología para la determinación del cargo de acceso incumple los principios económicos considerados en el REMA por las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el informe de Apoyo, el Costeo ABC utilizado por OSITRAN es una forma de regulación por "costos totalmente distribuidos" que puede conducir a una tarificación inadecuada de los servicios.

Si bien el sistema de costeo ABC tiene la ventaja de permitir evidenciar los recursos (costos) y las actividades necesarias para la prestación de los servicios de infraestructura portuaria, permitiéndose de esta manera no considerar las actividades y recursos innecesarias, esta metodología contempla ciertos problemas.

En primer lugar es de considerar que la función de costos de un terminal portuario no es separable y por consiguiente no es posible repartir de forma objetiva los costos comunes o conjuntos entre las distintas actividades y servicios prestados por el puerto.

En segundo lugar, el propio OSITRAN en su Resolución de Consejo Directivo N° 009-2002-CD/OSITRAN, en sus lineamientos para la revisión de fijación de precios regulados, reconoce las críticas que tiene el sistema de costeo ABC para la determinación de precios regulados.

Por otro lado, los costos cargados a las tarifas de acceso ocultan ineficiencias de la gestión y operación de Enapu, que serían finalmente trasladados a las naves.

Como se sabe los principios para determinar los cargos de acceso señalados en el REMA establecen que deben aplicarse "costos eficientes".

Si bien es cierto OSITRAN no ha considerado los costos innecesarios para la provisión de las facilidades esenciales requeridas por el servicio de remolcaje, todavía existen ineficiencias en las operaciones y gestiones de Enapu que han sido considerados en la provisión de facilidades esenciales, por lo que, se estarían calculando cargos de acceso inflados que no corresponden a una gestión eficiente de la empresa.

Por citar un ejemplo los costos institucionales cargados a las actividades de remolcaje resultan elevados y cuestionables. En el caso del puerto del Callao representan el 16%, en el caso del puerto de Paita el 65% y en el caso de los puertos de Chimbote y San Martín 18%.

Finalmente, el costeo ABC utilizado en este caso en particular, no guarda relación con la metodología empleada por OSITRAN para otras industrias de infraestructura, ni con las metodologías utilizadas por otros organismos reguladores.

En consecuencia, podemos concluir que la metodología para la determinación del cargo de acceso de remolcaje utilizada por OSITRAN incumple los principios económicos establecidos en el REMA.

- 1.13 La fijación y revisión de tarifas máximas y cargos de acceso para los terminales portuarios de ENAPU se basó en el desarrollo de costos por los servicios regulados y no regulados, trabajo que estuvo a cargo de

consultoras independientes de prestigio internacional (Price Waterhouse Coopers y NERA), las que fueron contratadas por el Banco Mundial en el marco de un proyecto de cooperación sobre costos y contabilidad regulatoria del Banco a favor de OSITRAN.

- 1.14 Las metodologías de costeo fueron discutidas previamente, comparándose tanto alternativas económicas como contables, llegándose a la conclusión que la metodología más idónea para los fines de regulación es el Costeo Basado en Actividades (ABC), método que también es aplicado por reguladores de Reino Unido (CAA y OFTEL) y España (AMT). En este campo el Perú muestra importantes avances, los que han sido reconocidos por expertos del Banco Mundial².
- 1.15 Copia de los informes de las empresas consultoras fueron entregados a la empresa TRAMARSA a efectos que la consultora APOYO Consultoría S.A.C., formule su opinión con relación a la propuesta de cargos de acceso de OSITRAN. Los informes han estado a disposición de la toda la comunidad portuaria desde el 11 de marzo de 2003, toda vez que sirvieron de base para formular la propuesta tarifaria máxima de ENAPU, la misma que fue aprobada con Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN. En suma, OSITRAN cuenta con costos tanto para los servicios regulados y no regulados, del cual forma parte el remolcaje, el mismo que es monitoreado con un sistema de contabilidad regulatoria a efectos de prevenir subsidios cruzados entre servicios.
- 1.16 El trabajo sobre costos portuarios ha sido integral (servicios regulados y no regulados en todos los terminales portuarios) y se ha desarrollado en tres módulos: i) recursos utilizados, ii) actividades portuarias y iii) objetos del costo. Se partió con la definición de centros de costo, clasificación de los recursos en 11 categorías, inventario y encuestas sobre procesos productivos, determinación de direccionadores de costos. Las cuentas de costos fueron depuradas a efectos de retirar todo componente que no tiene relación con la producción del servicio, por ejemplo: los gastos del ferrocarril Tacna-Arica que se encuentra a cargo de ENAPU, pago de pensiones, proyectos portuarios, parte de los gastos institucionales, entre otros. De esta manera, y utilizando un software especializado para éstos fines se asignó los correspondientes costos a cada servicio en cada terminal portuario.
- 1.17 Los márgenes de ganancia, son los correspondientes al costo de oportunidad de los terminales portuarios de ENAPU, es decir a la tasa mínima de retorno ajustada por riesgo de cada terminal. Dicho costo de oportunidad fue reportado por OSITRAN para los terminales de ENAPU en Informe Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU – Estudio Tarifario Versión 5.0. Para esta estimación se aplicaron las prácticas recomendadas por Alexander, Estache y Oliveri (1999)³. La metodología del CAPM (*Capital Asset Pricing Model*) es utilizada para estimar el costo de oportunidad de empresas públicas y privadas y es usado internacionalmente para diversos servicios públicos. Es necesario

² Videoconferencia del Dr. Antonio Estache en el Seminario Internacional de Costos y Tarifas Portuarias, Lima 9 de setiembre de 2004.

³ A Few Things Transport Regulators Should Know about Risk and Cost of Capital. Mimeo, World Bank

precisar que el costo de capital del Terminal Portuario del Callao es menor que otro puerto de ENAPU por la estructura diversificada y menor volatilidad de la carga que se moviliza por este terminal. En efecto, cargas sensibles como la harina de pescado o cargas con alta participación hacen que los terminales tengan tráficos de carga con mayor varianza. Dicha varianza es el riesgo que debe internalizarse en el costo de capital a fin de revelar el costos de oportunidad correspondiente.

- 1.18 En los informes de los consultores Price Waterhouse Coopers y NERA, se establece para cada servicio regulado y no regulado de cada terminal portuario los recursos, las actividades y los costos imputables y no imputables, el mismo que ha sido analizado por la firma consultora APOYO Consultoría SAC, contratada por los usuarios intermedios para que emita una opinión. En el caso específico del servicios de remolcaje en el Terminal Portuario del Callao se establece 13 actividades y 4 asignaciones adicionales, 7 de ellas son eliminadas por no corresponder al uso de infraestructura sobre el cual se estima el costo del cargo de acceso al cual se le adiciona un margen de ganancia de 12%.
- 1.19 El informe N° 064-04-GRE-OSITRAN que propone los cargos de acceso ha tomado en consideración las conclusiones y recomendaciones del Informe de Apoyo Consultoría SAC⁴, los que se resumen a continuación:
- No existe coincidencia de criterios entre la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Supervisión de OSITRAN sobre las facilidades esenciales involucradas:
Se realiza la precisión correspondiente en el numeral 3.1.
 - *La señalización y las obras de abrigo y defensa son instalaciones diseñadas y orientadas a permitir la navegación de naves.*
La utilización de facilidades esenciales se precisa en el numeral 3.1 y también en el presente informe.
 - *No es clara cual es la relación de propiedad y titularidad de ENAPU sobre el área acuática.*
ENAPU mediante Carta N° 146-2004-ENAPU S.A./GG del 27 de octubre acreditó la titularidad de sus concesiones acuáticas, por las cuales tiene los derechos de explotación, obligaciones como la señalización náutica, seguridad, ejecutar un programa de monitoreo ambiental, entre otras.
 - *El costeo ABC puede conducir a una tarifación adecuada de servicios.*
En el numeral 3.3.2 se señala la utilización del ABC por organismos reguladores va en aumento, se cita dos de ellos.
 - *Se ha utilizado información contable e histórica para fijara cargo por 5 años.*
Se atiende recomendación en numeral 3.3.3, es por esta razón que los cargos de acceso se fijan sólo para dos años, pues la eficiencia es más

⁴ Opinión Técnica de APOYO Consultoría SAC respecto de las condiciones de acceso para la prestación del servicio de remolcaje en los puertos de ENAPU.

alta en periodos de corto plazo, asimismo, se pretende inducir a logro de un acuerdo entre las partes.

- *Los conceptos o costos cargados pueden ocultar ineficiencias.*
Se ha realizado una depuración de imputaciones que permite mantener los costos por uso de facilidades esenciales.
- *Mantener un cargo fijo por 5 años, conllevaría a un retorno promedio superior al costo promedio ponderados (12%)*
APOYO Consultoría SAC comete dos errores: i) compara un valor contable (utilidad antes de impuestos/ingresos) con un valor económico (costo de capital); y, ii) No considera que el retorno debe ser estimado despues de impuestos, con lo cual el retorno promedio, tal como lo define la consultora es de 11.9% (17% x (1-30%)), menor al costo de capital (12%) con lo cual, la observación es inválida.

- 1.20 Finalmente, es necesario precisar que la fijación de tarifas y cargos pretenden evitar la transferencia de ineficiencias, pues ellas deben ser asumidas por la Entidad Prestadora. La aplicación de esta regla genera predictibilidad y uniformidad, lo que es congruentes con la promoción de la inversión privada.

2. Con respecto al Numeral 18 – Resolución de Contrato

- 2.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“18.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El Usuario Intermedio declara de manera expresa que faculta a la Entidad Prestadora a resolver de pleno derecho la presente relación de acceso, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente Mandato, previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario.”

- 2.2 TRAMARSA observa que:

“Como podemos apreciar, el mandado de acceso establece la posibilidad de que Enapu resuelva de pleno derecho el contrato de acceso, lo cual contraviene a todas luces lo estipulado en el artículo 43° del REMA.

Efectivamente, de conformidad con lo señalado en el tercer párrafo del artículo 43° del REMA “(.....) En el caso de que el contrato de acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un mandato, no se excluye la aplicación de las normas de derecho privado a la relación jurídica resultante”

En consecuencia, en aplicación de la norma citada en el párrafo anterior, no se debe delegar la facultad de resolver el contrato de acceso de pleno derecho a Enapu, sino mas bien, utilizando criterios parejos y justos para ambas partes.”

- 2.3 En principio debemos señalar que si bien es cierto que conforme lo señalada TRAMARSA, el artículo 43° del REMA dispone que aún en “el caso que el contrato de acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un mandato, no se excluye la aplicación de las normas de derecho privado a la relación jurídica resultante”, también lo es que en el presente caso ENAPU se encuentra administrando infraestructura portuaria

de uso público con relación a la cual tiene responsabilidades, por lo que es necesario crear los incentivos requeridos para el cumplimiento de aspectos esenciales de la relación de acceso.

- 2.4 Asimismo, debe tenerse presente que en caso que la Entidad Prestadora incumpla las normas que regulan el acceso, OSITRAN podrá imponerle las sanciones del caso, lo que definitivamente constituye un poderoso incentivo para que la entidad prestadora no cometa infracciones contra el usuario. En consecuencia se propone la siguiente redacción:

“18.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El Usuario Intermedio declara de manera expresa que faculta a la Entidad Prestadora a resolver de pleno derecho la presente relación de acceso, únicamente en caso de incumplimiento de cualquiera de las siguientes obligaciones:

1. *Las contenidas en la cláusula 10;*
2. *Mantener vigente la póliza de seguros a que se refiere la cláusula 11 del Mandato; y,*
3. *Modificar la infraestructura sin contar con la autorización previa de la Entidad Prestadora;*

La resolución tendrá efectos previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario”

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Artículo 7.1º, Literal p) de la Ley N° 26917, Artículo 3º, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley N° 27631, el Artículo 24º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM, el Numeral 21.2 de la Ley N° 27943, el Artículo 101º del Reglamento de la precitada Ley, y los Artículo 11º y 43º del REMA; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 14 de febrero de 2005:

SE RESUELVE:

Artículo 1º: Declarar fundado el Recurso de Reconsideración presentado por TRAMARSA en relación al extremo referido al numeral 18 del Anexo N° 1 de la Resolución N° 055-2004-CD-OSITRAN, e infundado en lo demás que contiene, confirmándose la impugnada.

Artículo 2º: Modificar el numeral 18 – Resolución del Contrato del Anexo 1 de la Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN en los términos contenidos en el numeral 2.4 de la presente Resolución.

Artículo 3º: Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 4º: Notificar la presente Resolución a ENAPU S.A. y a TRAMARSA.

Artículo 5º: Notificar la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 6º: Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, que adopte las medidas necesarias para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente