

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 013-2005-CD-OSITRAN

Lima, 17 de febrero de 2005.

MATERIA : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN Nº 053-2004-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 Ian Taylor S.A.C. (TAYLOR) mediante comunicación s/n recibida el 06 de enero de 2005, el Informe GS-GRE-GAL Nº 002-05-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 5º de la Ley Nº 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 3º de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 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 1º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por D.S. Nº 032 – 2001 – PCM, establece que es función exclusiva del Consejo Directivo ejercer la función normativa general y reguladora de OSITRAN.
5. El artículo 3º del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. Nº 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 remolcaje por parte del mencionado Usuario Intermedio, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) convocó a las empresas que brindan servicios de remolcaje a una reunión mediante el Oficio N° 051-2004 ENAPU/GC del 04 de mayo de 2004.
3. Acta de la Reunión realizada el 10 de mayo, en la que consta que el Usuario Intermedio y ENAPU no llegaron a un acuerdo con respecto a la contraprestación (carga de acceso) que ENAPU propuso, por la utilización de facilidades esenciales para el servicio de remolcaje.
4. Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-CD-OSITRAN, notificada a ENAPU el mayo de 2004, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Acceso de ENAPU, el

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

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 presentada por el Usuario Intermedio el 28 de junio de 2004.
6. Oficio N° 490-04-GS-OSITRAN del 01 de julio de 2004, con el cual se solicitó a ENAPU que remita una copia de todas las comunicaciones cursadas con el Usuario Intermedio, referidas al proceso de acceso.
7. Carta N° 542-2004-ENAPU S.A./GG del 09 de julio de 2004, con la cual ENAPU atiende el requerimiento de información, adjuntando copias de la carta de convocatoria a la reunión de inicio de negociaciones, el Acta de Reunión, copia de la carta notarial por medio de la cual se da por concluido el período de negociaciones, y el Proyecto de Contrato de Acceso al Servicio de Remolcaje en los Terminales Portuarios de ENAPU.
8. Informe N° 254-04-GS-C2-OSITRAN, del 12 de agosto de 2004, por el cual se sustenta el Proyecto del Mandato de Acceso o Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado por el Usuario Intermedio, recogiendo las recomendaciones contenidas en el Informe N° 048-04-GRE-OSITRAN con respecto al cargo de acceso aplicable.
9. Oficio N° 623-04-GS-C2-OSITRAN y Oficio N° 625-04-GS-C2-OSITRAN, se notifica a TAYLOR y ENAPU, respectivamente, los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso, para que en el plazo de diez (10) días hábiles establecido por el REMA, hagan llegar a OSITRAN 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.
10. Oficio N° 665-2004 ENAPU S.A./GG del 26 de agosto de 2004, a través del cual la Entidad Prestadora remite sus comentarios al Proyecto de Mandato mencionado
11. Comunicación s/n recibida el 1° de setiembre de 2004, mediante la cual el Usuario Intermedio solicita una ampliación de treinta (30) días hábiles para la remisión de sus comentarios u observaciones al Proyecto de mandato.
12. Acuerdo N° 531-149-04-CD-OSITRAN de la Sesión N° 149-2004 del 07 de setiembre de 2004, en el cual consta que 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.
13. Oficio Circular N° 034-04-GG-OSITRAN del 13 de setiembre de 2004, mediante el cual el Usuario Intermedio y ENAPU son notificados de la ampliación de plazo.
14. Comunicación del 11 de octubre de 2004, mediante la cual el Usuario Intermedio alcanza sus comentarios al Proyecto de Mandato.
15. El 28 de octubre se recibe el Informe N° 061-04-GRE-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Regulación de OSITRAN propone los cargos de acceso para remolcaje.

² El Reglamento está disponible en la siguiente dirección:
<http://www.ositran.gob.pe/documentos/R014-2003-CD.pdf>

16. Informe N° 375-04-GS-C2-OSITRAN del 28 de octubre de 2004, que propone los Términos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado.
17. Sesión del 04 de noviembre de 2004, en la que el Consejo Directivo de OSITRAN acordó solicitar a la Gerencia de Regulación amplíe su informe referido a los cargos de acceso para el servicio de remolcaje, con la finalidad de considerar en el segundo año 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 elaborar 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.
18. Informe N° 064-04-GRE-OSITRAN del 05 de noviembre de 2004, el cual propone los cargos de acceso a considerar en el Mandato de Acceso correspondiente.
19. El 10 de noviembre se emite el Informe N° 401-04-GS-C2-OSITRAN, que contiene los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado.
20. Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, que aprueba el Mandato de Acceso a favor de TAYLOR, para que brinde el servicio de practica en los Terminales Portuarios del Callao y Paíta.
21. Oficio Circular N° 063-04-GG-OSITRAN de fecha 24 de noviembre de 2004, por el cual se notifica a TAYLOR y ENAPU la Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN y los Informes N° 402-04-GS-OSITRAN y N° 064-04-GRE-OSITRAN.
22. El 28 de noviembre de 2004, se publica la referida Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN en El Diario Oficial El Peruano.
23. Mediante comunicación s/n recibida el 06 de enero del 2005, TAYLOR presenta un Recurso de Reconsideración a la Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN.
24. A través del Oficio N° 061-05-GG--OSITRAN de fecha 31 de enero del presente, se pone en conocimiento de ENAPU el escrito de reconsideración presentado por TAYLOR

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 3 - Descripción de la Facilidad Esencial
 - Numeral 5 – Cargo de acceso
 - Numeral 7 - Vigencia del Acceso
 - Numeral 18 – Resolución de Contrato
2. Sin embargo, antes de analizar las observaciones en relación al mandato, corresponde señalar que el objeto de la reconsideración es únicamente el cuestionamiento de los términos del mandato. En consecuencia, cualquier cuestionamiento sobre el contenido del REMA, tal como el propuesto por TAYLOR en

el sentido que no debió incluirse en el mismo el servicio de remolcaje, debe ser materia de otro procedimiento que cuestione el propio REMA.

3. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que a efectos de la aprobación del REMA, se ha seguido un procedimiento que incluye su pre publicación por Resolución N° 010-2003-CD-OSITRAN, para que los interesados formulen sus observaciones dentro del plazo de 30 días, así como un taller de discusión del mismo, por lo que consideramos que TAYLOR ha contado con todas las facilidades necesarias para formular sus cuestionamientos al REMA dentro del procedimiento correspondiente.

IV. ANÁLISIS:

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

1. Con respecto al Numeral 3 - Descripción de la Facilidad Esencial

- 1.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“3.- DESCRIPCIÓN DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

Las Facilidades Esenciales cuya utilización es necesaria para brindar el Servicio Esencial de Remolcaje de Naves, son las siguientes:

- Señalización portuaria
- Poza de maniobras
- Rompeolas”

- 1.2 TAYLOR observa lo siguiente:

*“Que no estamos de acuerdo con que el servicio de remolcaje utilice facilidades esenciales tal como lo señala el informe de la empresa **APOYO CONSULTORIA S.A.C.**, que adjuntamos al presente Recurso como Anexo I. Así mismo cabe resaltar que ni el mismo OSITRAN tiene claro el uso de facilidades esenciales, toda vez que en el proyecto de mandato de fecha 12 de agosto en el Anexo 3 de los Términos propuestos para la emisión del proyecto de Mandato de Acceso en el punta 3, figuran señalización portuaria, poza de maniobras y rada interior sin explicar en qué consiste la utilización de cada uno de ellos, sin embargo en el mandato mismo, materia del presente recurso, en el punto 3 de los términos y condiciones del mandato habla de señalización portuaria, poza de maniobras y **rompeolas**, es decir, cambiaron las facilidades esenciales sin explicación alguna. (Ver también punto 9 del Mandato)”*

- 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 necesariamente, 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 Con relación al término “rompeolas, debe señalarse que con fecha 18 de agosto de 2004, y por Oficio N° 637-04-GS-CD-OSITRAN, conjuntamente con el Proyecto de Mandato de Acceso, se notificó el Informe N° 048-04-GRE-OSITRAN de fecha 12 de agosto de 2004, el mismo que a la letra dice en el numeral 3.1 del acápite “Análisis”, que en el caso específico de ENAPU se encontraban comprometidas las siguientes facilidades esenciales:
 - Señalización portuaria
 - Obras de abrigo o defensa
 - Roza de maniobras y rada interior.
- 1.6 Por otro lado debe precisarse que un rompeolas es un tipo de la facilidad esencial: obras de defensa o abrigo, lo que debe entenderse como tal y no como una nueva facilidad esencial.
- 1.7 En todo caso, es importante señalar que por el Oficio N° 637-04-GS-CD-OSITRAN, sólo se remitió a las partes un proyecto de mandato de acceso, el que fue elaborado dentro de los plazos legales, no obstante la complejidad que el mismo importa. Tan complejo resulta el tema que el propio TAYLOR solicitó una ampliación de 30 días adicionales para remitir sus observaciones, la misma que le fue concedida en su oportunidad.
- 1.8 A ello hay que agregar que OSITRAN puede, evidentemente, modificar el proyecto, pues tanto TAYLOR como ENAPU pueden proponer modificaciones y el propio OSITRAN de oficio, puede realizar las modificaciones que el interés general requiera.
- 1.9 Ello es evidente, pues OSITRAN cuenta con facultad para dictar mandatos conforme a lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, y en lo absoluto se ven vulnerados los intereses de TAYLOR o ENAPU en la medida en que siempre tendrán franqueada la posibilidad (como ha hecho efectiva TAYLOR) de interponer un recurso de reconsideración correspondiente.
- 1.10 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.

2. Con respecto al Numeral 5 – Cargo de acceso

2.1 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>

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.”*

2.2 TAYLOR observa que:

“Tal como indicamos en nuestras observaciones el servicio de remolcaje no debe estar sujeto a Cargo de Acceso adicional al pago por uso de muelle y amarradero, que a la fecha viene cobrando ENAPU, puesto que ello significaría duplicidad de cobro y/u otras distorsiones cuyas bases se encuentran claramente definidas en el inciso F del artículo 26° del Reglamento Marco de Acceso

(añade sus discrepancias con respecto a la facilidad esencial y continúa) 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.

*También es importante señalar que no obstante haber indicado en el punto 1) del presente recurso que el servicio de remolcaje no debe estar sujeto a Cargo de acceso alguno, la metodología utilizada por OSITRAN para el cálculo del mismo nos parece inadecuada tal como lo indica la Opinión Técnica de **APOYO CONSULTORÍA S.A.C.**, la cual hacemos nuestra en el anexo I adjunto. Nótese que no obstante que el informe de **APOYO CONSULTORÍA S.A.C.**, está hecho teniendo como base un cargo de acceso de US\$ 114 dólares y siendo ahora de US\$ 110 para Callao y US\$ 69 para Paíta, la metodología para el cálculo del cargo sigue siendo la misma que cuestionamos en base a los fundamentos técnicos dados por **APOYO CONSULTORÍA S.A.C.**”*

2.3 TAYLOR señala que las facilidades esenciales a que se hace mención, fueron construidas para las naves (de gran calado) y no para los remolcadores. Al respecto, es necesario precisar que no es materia de cuestionamiento para quien fue construida la infraestructura, 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.

- 2.4 Como se ha señalado en los informes que ha emitido OSITRAN con relación a tarifas máximas y cargos de acceso, el desarrollo de costos por los servicios regulados y no regulados estuvo a cargo de consultoras independientes de reputación 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.
- 2.5 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 Mundial³.
- 2.6 Copia de los informes de las empresas consultoras fueron entregados a la empresa TRAMARSA a efectos que la firma consultora APOYO Consultoría S.A.C., elabore su opinión con relación a la propuesta de cargos de acceso. Dichos documentos han estado a disposición de la toda la comunidad portuaria 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.
- 2.7 El trabajo sobre costos portuarios ha sido integral 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.
- 2.8 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

³ Videoconferencia del Dr. Antonio Estache en el Seminario Internacional de Costos y Tarifas Portuarias, Lima 9 de setiembre de 2004.

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)⁴. 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 precisar que el costo de capital del Terminal Portuario del Callao es menor que otro puerto de ENAPU por la estructura diversificada y 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.

- 2.9 TAYLOR debe considerar que a servicios portuarios regulados como uso de amarradero o uso de muelle; corresponde aplicar una tarifa y no un cargo de acceso, por tratarse de servicios de explotación de infraestructura en los que no es posible el acceso, pues ENAPU tiene la exclusividad en la explotación de estos servicios, a los cuales les corresponde una regulación por tarifa máxima. En efecto, el marco regulatorio de OSITRAN 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.
- 2.10 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%.
- 2.11 El informe N° 064-04-GRE-OSITRAN que propone los cargos de acceso, y que conforme a lo señalado en el acápite antecedentes fue notificado a TAYLOR por Oficio Circular N° 062-04-GG-OSITRAN con fecha 26 de noviembre de 2004, ha tomado en consideración las conclusiones y recomendaciones del Informe de Apoyo Consultoría SAC⁵, 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 del Informe.

⁴ A Few Things Transport Regulators Should Know about Risk and Cost of Capital. Mimeo, World Bank

⁵ Opinión Técnica de APOYO Consultoría SAC respecto de las condiciones de acceso para la prestación del servicio de remolcaje en los puertos de ENAPU.

- 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 del 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 tarificación adecuada de servicios.
En el numeral 3.3.2 del Informe 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 fijar cargo por 5 años.
Se atiende recomendación en numeral 3.3.3 del Informe, es por esta razón que los cargos de acceso se fijan sólo para dos años, pues la eficiencia es más 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 realizó 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 después de impuestos, con lo cual el retorno promedio, tal como lo define la consultora es de 11.9% ($17\% \times (1-30\%)$), menor al costo de capital (12%) con lo cual, la observación es inválida.

2.12 Es importante señalar que APOYO sugirió que se revisen las facilidades esenciales y la metodología de cálculo, pero en ningún momento, tal como interpreta TAYLOR, se pronunció sobre la improcedencia de un cargo de acceso para el servicio de remolcaje. Es igualmente importante señalar que ambas sugerencias de APOYO fueron atendidas con el Informe N° 064-2004-GRE/OSITRAN.

2.13 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 congruente con la promoción de la inversión privada.

3. Con respecto al Numeral 7 - Vigencia del Acceso

3.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“7.- VIGENCIA DE LA RELACION DE ACCESO

El Usuario Intermedio tendrá derecho al acceso a la infraestructura portuaria para prestar el servicio de Remolcaje por un plazo de dos (02) años.”

3.2 TAYLOR observa que:

“En lo que respecta al plazo, este debe ser indeterminado, por no existir ninguna razón de carácter técnico y/o contractual que implique su limitación.”

3.3 Cabe resaltar que el Usuario Intermedio no presenta algún sustento para solicitar que el plazo de vigencia del Mandato de Acceso sea indeterminado. Sin embargo, en su oportunidad, la observación mencionada fue respondida en el numeral IV.1 de la Resolución N° 053-2004-CD-OSITRAN, en la cual se mencionó lo siguiente:

“En consideración a que el cargo de acceso, una de las principales condiciones para el otorgamiento del mismo, es fijado para un período de dos (02) años, es conveniente establecer dicho plazo en la emisión del Mandato de Acceso solicitado.”

3.4 En consecuencia, dado que TAYLOR no presenta sustento a su solicitud de que el acceso sea a plazo indeterminado, y al argumento contenido en el párrafo anterior, se ratifica un plazo de vigencia de dos (02) años para el Mandato de Acceso emitido.

4. Con respecto al Numeral 18 – Resolución de Contrato

4.1 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.”

4.2 TAYLOR observa que:

“De conformidad con el artículo 43 del REMA, debe contemplarse la aplicación del derecho privado a la relación entre las partes. En consecuencia, no se debe delegar la facultad de resolver de pleno derecho el contrato como lo establece el punto 18 del Proyecto al Mandato de Acceso”

4.3 En principio debemos señalar que si bien es cierto que conforme lo señalada TAYLOR, 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.

- 4.4 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.
- 4.5 Sin embargo, a efectos de brindar mayor seguridad jurídica a su posición, consideramos necesario precisar cuáles son las causales de resolución del contrato, las mismas que tienen carácter taxativo, eliminando los riesgos del ejercicio arbitrario de dicha facultad, por lo que se propone el siguiente cambio:

“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 TAYLOR en relación al extremo referido al numeral 18 del Anexo N° 1 de la Resolución N° 053-2004-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 4.5 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 TAYLOR.

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