

# **RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**

**N° 012-2005-CD-OSITRAN**

Lima, 17 de febrero de 2005.

**MATERIA** : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN N° 054-2004-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 Servicios Técnicos Marítimos S.R. Ltda. (SERTEMAR) mediante comunicación s/n recibida el 03 de enero de 2005, el Informe GS-GRE-GAL N° 001-05-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).
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) lo convocó a los usuarios intermedios a una reunión a través del Oficio N° 052-2004 ENAPU/GC del 04 de mayo de 2004.
3. Acta de la Reunión realizada el 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 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, notificada a ENAPU el mayo de 2004, 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 presentada por el Usuario Intermedio el 24 de junio de 2004.
6. Oficio N° 488-04-GS-OSITRAN del 1 de julio de 2004, mediante el cual se solicita a SERTEMAR que remita 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 en virtud con lo establecido en el literal c) del artículo 97° del REMA.
7. Comunicación s/n recibida el 06 de julio de 2004, a través de la cual SERTEMAR da respuesta a la solicitud mencionada en el numeral anterior.
8. Oficio N° 489-04-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.
9. Carta N° 541-2004-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, 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.
10. Informe N° 258-04-GS-C2-OSITRAN del 12 de agosto de 2004, el cual 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.
11. Oficio N° 633-04-GS-C2-OSITRAN y Oficio N° 637-04-GS-C2-OSITRAN, del 16 de agosto de 2004, con los cuales se notifica a ENAPU y al Usuario Intermedio, 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.
12. 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.
13. Comunicación s/n recibida el 27 de agosto 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 antes remitido, la cual es reiterada a través de una comunicación recibida el 02 de setiembre del presente.
14. 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.

15. 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 otorgada.
16. Comunicación del 14 de octubre del presente, mediante la cual el Usuario Intermedio alcanza sus comentarios al Proyecto de Mandato.
17. 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.
18. 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.
19. Sesión del 04 de noviembre del presente, 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.
20. 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.
21. El 10 de noviembre se emite el Informe N° 402-04-GS-C2-OSITRAN, que contiene los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado.
22. Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004 que aprueba el Mandato de Acceso a favor de SERTEMAR, para que brinde el servicio de practicaje en los Terminales Portuarios del Callao y General San Martín.
23. Por oficio circular N° 062-04-GG-OSITRAN de fecha 24 de noviembre de 2004 notificado tanto a SERTEMAR como a ENAPU el 26 de noviembre de 2004, se les remitió la Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN y los Informes N° 402-04-GS-OSITRAN y N° 064-04-GRE-OSITRAN.
24. El 28 de noviembre de 2004, se publica la referida Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN en El Diario Oficial El Peruano.
25. Mediante comunicación s/n recibida el 03 de enero del 2005, SERTEMAR presenta un Recurso de Reconsideración a la Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN.
26. A través del oficio N° 054-2005-GG-OSITRAN de fecha 28 de enero del presente, se pone en conocimiento de ENAPU el escrito de reconsideración presentado por SERTEMAR

### III. LAS CUESTIONES A RESOLVER:

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:

1. Numeral 1 - Objeto del Mandato
2. Numeral 2 - Descripción del Servicio Esencial
3. Numeral 3 - Descripción de la Facilidad Esencial
4. Numeral 4 – Condiciones Generales
5. Numeral 5 – Cargo de acceso
6. Numeral 6 - Forma de pago
7. Numeral 7 - Vigencia del Acceso
8. Numeral 8 – Control de los servicios
9. Numeral 10 – Obligaciones del Usuario Intermedio
10. Numeral 11 – Seguros
11. Numeral 12 – Modificación de la Infraestructura por parte de la Entidad Prestadora
12. Numeral 13 – Modificación de la Infraestructura por parte del Usuario Intermedio
13. Numeral 14 – Adecuación de cargos de acceso
14. Numeral 15 – No exclusividad del acceso
15. Numeral 17 – Incumplimiento de las obligaciones
16. Numeral 18 – Resolución de Contrato
17. Numeral 20 – Disposiciones Finales

### IV. ANÁLISIS:

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

#### 1. Con respecto al Numeral 1 – Objeto del Mandato

- 1.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

##### **“1.- OBJETO**

El presente Mandato de Acceso tiene por objeto determinar los términos, condiciones y cargos de acceso aplicables para que la Entidad Prestadora Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) otorgue al Usuario Intermedio Servicios Técnicos Marítimos S.R. Ltda. (SERTEMAR), el acceso a la infraestructura portuaria para que brinde el servicio de Remolcaje en los Terminales Portuarios del Callao y General San Martín”

- 1.2 SERTEMAR observa en el numeral 3. A) que:

“Es preciso señalar que Servicios Técnicos Marítimos SR.L. - Sertemar, a la fecha viene prestando servicios de remolcaje, con acceso solo a la poza de maniobras y rada interior en el Terminal Portuario del Callao, y, con acceso solo a poza de maniobras en el Puerto Gral. San Martín de Pisco (donde no hay rada interior). En ningún caso la señalización portuaria es facilidad esencial para el servicio de remolcaje que prestamos”

- 1.3 Para la elaboración del Mandato a favor de SERTEMAR y sus fines, se ha considerado (y se considera) innecesaria la precisión referida a que dicha empresa viene prestando el servicio pues ello no afecta los términos del mandato. En cuanto a las afirmaciones referidas a la facilidad esencial, se evaluará las mismas en el numeral correspondiente a dicho tema.

## 2. Con respecto al Numeral 2 - Descripción del Servicio Esencial

- 2.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“2.- DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO ESENCIAL**

El Servicio Esencial de Remolcaje de naves tiene como propósito apoyar al Práctico Marítimo durante la realización de las operaciones de atraque, desatraque, cambio de sitio, abarloamiento, desabarloadamiento y maniobras de giro en la poza de maniobras, de las naves que hagan uso de la infraestructura del Terminal Portuario.”

- 2.2 SERTEMAR observa que:

“La definición tomada del Reglamento de Acceso de ENAPU, técnicamente es incorrecta y ha sido asumida arbitrariamente por OSITRAN. Debe considerarse que el servicio de remolcaje consiste en jalar, empujar o apoyar una nave durante las operaciones de atraque o desatraque o cambia de sitio, abarloamiento, desabarloadamiento y maniobras de giro (que puede ser inclusive fuera de la poza de maniobras). Así, es un apoyo a la nave misma. Lo que se corrobora con el hecho que el practico no asume el comando de la nave, sino que es únicamente un asesor del Capitán de la nave; más aún quien paga por el servicio de remolcaje es el dueño de la nave.”

- 2.3 La observación mencionada fue respondida en el numeral IV.1 de la Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN, en la cual se mencionó lo siguiente:

“El Reglamento de Acceso de ENAPU ha sido emitido en cumplimiento del REMA, y aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 020-04-CD-OSITRAN, siendo actualmente una norma vigente

La presente Resolución se emite con el fin de establecer los Términos para el Mandato de Acceso solicitado, para lo cual se debe considerar las normas vigentes aplicables, tal como lo es el Reglamento de Acceso de ENAPU.

La presentación de comentarios u observaciones con respecto al contenido del REMA, deben realizarse en el marco del procedimiento correspondiente para tal fin.”

- 2.4 Es importante señalar que para efectos de la aprobación del Reglamento de Acceso de ENAPU, conforme a lo dispuesto por el artículo 47° del REMA, el proyecto de Reglamento de Acceso de ENAPU, fue debidamente difundido en su página web desde el 16 de febrero al 5 de marzo de 2004 a efectos de que los interesados puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones dentro de los quince (15) días contados desde la fecha de su emisión, sin que SETERMAR haya presentado

comentario u observación alguna no obstante ser un usuario intermedio relevante.

- 2.5 Adicionalmente a lo señalado, el proyecto de Reglamento fue sometido a la opinión del Comité Consultivo de Usuarios de Puertos en su sesión N° 010-2004-CCUP, de fecha 1° de abril de 2004, en la que estuvieron presentes los representantes siguientes: CONUDFI, Asociación de Agentes de Aduanas, Asociación Marítima del Perú y la Asociación de Armadores, gremios a través de los cuales los usuarios intermedios y finales pudieron hacer llegar sus comentarios.
- 2.6 Es preciso señalar que es política de OSITRAN contar con la participación de usuarios en los procesos regulatorios.
- 2.7 En todo caso, si SERTERMAR considera que el Reglamento de Acceso de ENAPU contiene incorrecciones de algún tipo, deberá hacer valer su derecho en el procedimiento correspondiente, en atención a que el presente procedimiento de reconsideración, tiene como objeto exclusivo el cuestionar los términos del mandato y no los de la norma o normas en que se basa su emisión.
- 2.8 Es así que, en tanto no ocurra una modificación, las definiciones y requisitos contenidos en el actual Reglamento de ENAPU, son de obligatoria inclusión en los Contratos de Acceso y Mandatos de Acceso.

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

- 3.1 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”

- 3.2 SERTEMAR observa que:

“Además de lo que se dijo en el punto a) anterior (se refiere al comentario al numeral Objeto), hay que precisar que, en relación al servicio de remolcaje, la señalización portuaria, la poza de maniobras y la rada interior, son esenciales para las naves que requieren utilizar el puerto, En el caso del Callao, la señalización portuaria le sirve al práctico como referencia y a la nave para poder maniobrar seguramente en el puerto; el remolcador no la requiere, pues su función intrínseca es estar al lado de la nave. La poza de maniobras necesita ser dragada para mantener su profundidad y esto es requisito para que ingresen las naves del tamaño adecuado. En el Callao este fondo es de 35 pies, los remolcadores necesitan solo 10 pies (estos no lo requieren). La rada interior no facilita la operación de los remolcadores, sino de las naves, que necesitan de aquellos porque en espacios pequeños y de bajo calado pierden maniobrabilidad (lo que evidentemente constituye un riesgo inaceptable en el negocio marítimo y portuario). El mejor ejemplo es que en el Puerto de Pisco no existe tal rada. Tema aparte, aunque vinculado y que debe

explicitarse, es que en la tarifa del uso de muelle que pagan los remolcadores, un porcentaje se debe destinar a ese rubro. De tal manera, queda clara la falta de rigor técnico y que debe distinguirse en cualquier propuesta la situación especial de cada puerto (Callao y Pisco).”

Asimismo, añade que el Mandato “extrañamente introduce un elemento no considerado en el estudio y/o discusión, como Facilidad Esencial: Rompeolas”

- 3.3 Al respecto, se debe tomar en cuenta la definición de Facilidad Esencial que establece el artículo 9º 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.”

- 3.4 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.
- 3.5 Asimismo, SERTEMAR señala que las facilidades esenciales a que se hace mención fueron construidas para las naves (de gran calado) y no para los remolcadores. Es necesario precisar que no es materia de cuestionamiento para quien fue construida la infraestructura, sino la cuestión de fondo es quienes 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, ocupa o utiliza parte de esa área, con lo cual reduce la disponibilidad de infraestructura.
- 3.6 Se agrega que el Mandato “extrañamente introduce un elemento no considerado en el estudio y/o discusión como Facilidad Esencial: Rompeolas”.

- 3.7 En primer lugar, debe señalarse que ello es absolutamente falso en la medida en que conforme a lo señalado en los Antecedentes, 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 Acápito 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.
- 3.8 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.
- 3.9 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 SERTEMAR solicitó una ampliación de 30 días adicionales para remitir sus observaciones, la misma que le fue concedida en su oportunidad.
- 3.10 A ello hay que agregar que OSITRAN puede, evidentemente, modificar el proyecto, pues tanto SERTEMAR como ENAPU, como el propio OSITRAN de oficio, pueden realizar las modificaciones que el interés general requiera.
- 3.11 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 SERTEMAR o ENAPU en la medida en que siempre tendrán franqueada la posibilidad (como ha hecho efectiva SERTEMAR) de interponer un recurso de reconsideración.
- 3.12 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.

#### **4. Con respecto al Numeral 4 – Condiciones Generales**

- 4.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

##### **“4.- CONDICIONES GENERALES**

...el Usuario Intermedio ...deberá contar con los siguientes requisitos....:

- d.- Cumplir con los requisitos generales y operativos para el acceso a la infraestructura esencial, descritos en el Reglamento de Acceso de ENAPU, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-

CD-OSITRAN, en especial aquellos contenidos en los artículos 17° al 21° de dicho Reglamento.”

4.2 SERTEMAR observa que:

“Es discutible el contenido del citado Reglamento, especialmente los artículos indicados en el ítem d. (arts. 17 a 21 del Reglamento); así como es cuestionable la formulación genérica del ítem e. (normas establecidas y que se implementen); considerados por OSITRAN, sin mayor análisis, para sustentar su propuesta. OSITRAN debe tener en cuenta que el indicado Reglamento ha sido concebido con error, con arbitrariedades y que el nivel de la norma que lo aprobó exigen una revisión conjunta con los usuarios (como nosotros), especialmente si se va a establecer una relación contractual (acuerdo de voluntades) y no un contrato por adhesión. Hay que considerar, también, que ENAPU al fijar las condiciones de acceso no puede usurpar las funciones de la Autoridad Marítima, la que de acuerdo a Ley es la encargada de velar por las condiciones de seguridad, equipamiento, tripulación y otros que de acuerdo a la legislación vigente son de su competencia. ENAPU solo podría controlar la vigencia de los documentos que emite el Estado Peruano a través de la Autoridad Marítima y que certifican que los remolcadores cumplen con la legislación vigente. Existe, pues, una duplicidad de funciones entre ENAPU y la Dirección de Transporte Acuático del MTC; todos piden documentos, seguros, etc. y emiten licencias, certificados, que nadie respeta ni reconoce y que se traduce en tramites onerosos.”

4.3 SERTEMAR señala que el Reglamento de Acceso de ENAPU, aprobado por Resolución N° 020-2004-CD-OSITRAN ha sido concebido con error, que es arbitrario y debió revisarse con SERTEMAR. Al respecto, cabe únicamente remitirnos a lo señalado en el numeral 3.3.4 del presente acápite.

**5. Con respecto al Numeral 5 – Cargo de acceso**

5.1 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)

<u>Puerto</u>	<u>Año 1</u>	<u>Año 2</u>
Callao	111.00	110.80
G.San Martín	106.00	105.80

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.”

## 5.2 SERTEMAR observa que:

“Tenemos discrepancias de orden técnico vinculadas a aspectos conceptuales, metodología y resultados, considerados por OSITRAN para la determinación de los cargos de acceso, que no están suficientemente sustentados, especialmente por tratarse de un análisis de costos que generado por terceras entidades, partiendo entre otros- de una línea base y supuestos de incidencia que no se conocen

En efecto...OSITRAN no ha fundamentado el Mandato de Acceso sustentando la línea base de su propuesta : Informe Técnico de Evaluación de Propuesta de Modificación de Tarifas de ENAPU; pertinencia de las hipótesis de incidencia de los costos considerados efectivamente por la utilización de facilidades esenciales para remolcaje, en la estimación del cargo de acceso para los puertos del Callao y Gral. San Martín; sustento de los márgenes de ganancia en la composición de los respectivos cargos de acceso estimados). Tampoco explica los conceptos y la procedencia de las actividades involucradas en su análisis : “Uso de amarradero”, “Uso de muelle”, “Amarre y Desamarre”, “Supervisar el negocio naviero”, “Administrar la gestión comercial...”, “Costos institucionales”, “Depreciación imputable”, “Margen de ganancias de ENAPU”, etc., cuya inclusión objetamos.

El Mandato de Acceso, en el numeral IV, Análisis, no se pronuncia a fondo sobre todas las Conclusiones y Recomendaciones de la Opinión Técnica de Apoyo Consultoría S,A.C, - Apoyo, del 08.10.2004 (punto V), que fundamentan técnicamente la improcedencia de un cargo de acceso para las actividades de remolcaje (contrariamente al Informe No. 048-04-GRE-OSITRAN).

Es inaceptable técnicamente sustentar las tarifas propuestas, en la compensación por reducción de las actuales por Uso de Muelle y Amarradero, según la fijación de tarifas para los Terminales Portuarios de ENAPU S.A. vigentes a partir de la entrada en vigencia de las tarifas máximas aprobadas por la Resolución N° 031-2004-CDIOSITRAN; máxime si no hay una definición de su estructura de costos, ni explicación razonable sobre su conexión. Lo que podría llevar a traducirse en una duplicidad de cobros y grave infracción a los objetivos y principios del REMA.

De otro lado, la referencia del cobro por cada operación de atraque y desatraque, no distingue el número de remolcadores que podrían utilizarse.

Conviene señalar, aquí, que la imposición de un cargo de acceso responde a la pretensión de ENAPU de recobrar sus ineficiencias. En ese sentido, recordemos que en el pasado el ingreso de los usuarios intermedios a Enapu se debió a la imposibilidad de la propia ENAPU de mejorar su infraestructura para brindar un mejor servicio. Resulta un pésimo mensaje a la inversión privada que habiendo requerido en el pasado la participación privada con acceso libre, ahora se pretenda cobrar por otra vía.

Los servicios que ENAPU no presta por pérdida de mercado y que si se dieran se harían de manera ineficientemente. Es necesario, entonces, reconocer que la pobre infraestructura de ENAPU para el remolcaje frente a la oferta privada, constituye una ineficiencia, cuya compensación no debe ser asumida por las empresas privadas".

- 5.3 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.
- 5.4 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 Mundial<sup>1</sup>.
- 5.5 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-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.
- 5.6 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.
- 5.7 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

---

<sup>1</sup> Videoconferencia del Dr. Antonio Estache en el Seminario Internacional de Costos y Tarifas Portuarias, Lima 9 de setiembre de 2004.

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)<sup>2</sup>. 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 costo de oportunidad correspondiente.

- 5.8 SERTEMAR confunde servicios portuarios regulados como uso de amarradero o uso de muelle, a los cuales 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 está 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.
- 5.9 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 de los 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%.
- 5.10 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 SERTEMAR 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 SAC<sup>3</sup>, 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.

<sup>2</sup> A Few Things Transport Regulators Should Know about Risk and Cost of Capital. Mimeo, World Bank

<sup>3</sup> 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 tarifación 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 fijara 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 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 después 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.

Es importante señalar que APOYO sugirió que se revisen las facilidades esenciales y la metodología de cálculo, pero en ningún momento, tal como interpreta SERTEMAR, 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.

- 5.11 SERTEMAR señala que inaceptable técnicamente que los cargos de acceso no tienen por objeto compensar reducciones en los servicios por uso de amarradero y por uso de muelle. 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 está 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.

- 5.12 De otro lado, en el numeral 3.3.4 del I informe N° 064-04-GRE-OSITRAN se propone la unidad de cobro operación, la que puede realizarse con uno o más remolcadores, con lo cual queda nuevamente precisado que la unidad de medida no tiene relación con el número de remolcadores utilizados.
- 5.13 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.

## **6. Con respecto al Numeral 6 - Forma de pago**

- 6.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“6.- FORMA DE PAGO**

El Usuario Intermedio deberá pagar los cargos de acceso en forma mensual y en el domicilio de la Entidad Prestadora, dentro de los cinco (05) días posteriores a la recepción de la factura correspondiente.

En caso que el Usuario Intermedio no cumpliera con el pago dentro del período establecido, incurrirá en mora y se generarán intereses compensatorios a partir del día de entrega de la factura respectiva, a la tasa activa de moneda extranjera (TAMEX) que publica la Superintendencia de Banca y Seguros en el Diario Oficial “El Peruano”.

- 6.2 SERTEMAR observa que:

“El punto 6 del Anexo del Mandato de Acceso, fija indebidamente una forma de pago, sin considerar que por la naturaleza de las prestaciones periódicas, debería haberse establecido un mecanismo de conciliación y verificación de prestaciones para proceder a un pago final, con posibilidad de extender el plazo.”

- 6.3 Se considera que SERTEMAR tiene conocimiento del número de operaciones que realice, por lo tanto no tiene impedimento para proceder a pagar mensualmente y dentro de los cinco (05) días posteriores a la recepción de la factura.
- 6.4 Adicionalmente, se debe mencionar que la situación hipotética en que la factura emitida por ENAPU considerara operaciones que SERTEMAR no reconociera haber efectuado, está contemplada en el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias (RSRC) aprobado Resolución N° 002-2004-CD-OSITRAN.

- 6.5 En tal sentido, en la situación hipotética descrita SERTEMAR no estaría obligada a realizar un pago discutido, siempre que presente el reclamo correspondiente, acorde a lo establecido en el referido RSRC.
- 6.6 Por lo tanto, no se considera necesario el procedimiento propuesto por SERTEMAR.

## **7. Con respecto al Numeral 7 - Vigencia del Acceso**

- 7.1 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.”

- 7.2 SERTEMAR observa que:

“El derecho al acceso es un derecho ganado y vigente sobre el uso de un bien publico. La que se pretende regular contractualmente es su ejercicio, por un plazo establecido arbitrariamente en función de condiciones económicas; que resulta muy extenso para la revisión del cargo de acceso. El plazo debe ser indeterminado”

- 7.3 Cabe resaltar que lo solicitado por el Usuario Intermedio presenta una contradicción, pues a través de APOYO Consultoría se cuestiona la vigencia de un cargo de acceso por 5 años por la aplicación de información contable, y en esta observación reitera que el contrato debe ser a plazo indeterminado, lo que evidentemente es contradictorio. Adicionalmente, no presenta sustento para solicitar que el plazo de vigencia del Mandato de Acceso sea indeterminado. La misma observación fue respondida en el numeral IV.1 de la Resolución N° 054-2004-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.”

- 7.4 El plazo de dos años tiene relación con la efectividad de utilizar información contable para fijar cargos de acceso de corto plazo. Como lo señala APOYO Consultoría SAC “se ha utilizado información contable para fijar un cargo de 5 años”. Esta recomendación ha sido atendida, pues como se señala líneas arriba, la información contable puede perder validez cuando se desea aplicar a futuro.
- 7.5 Por otro lado, es importante señalar que el derecho de acceso no es un derecho ganado tal como señala SERTEMAR. El derecho de acceso, por el contrario, es un derecho que se ejerce en virtud de un contrato que no consta por escrito y siempre y cuando se cumplan las condiciones que regulan su ejercicio.
- 7.6 Es así que la distinción entre el “derecho ganado” y su “ejercicio” no sólo es artificiosa sino incorrecta.

- 7.7 En consecuencia, dada la contradicción y falta de sustento válido de que el acceso y su correspondiente pago sea indeterminado, se ratifica un plazo de vigencia de dos (02) años para el Mandato de Acceso emitido.

## **8. Con respecto al Numeral 8 – Control de los servicios**

- 8.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“8.- CONTROL DE LOS SERVICIOS**

La Entidad Prestadora verificará el cumplimiento de los servicios que anuncie el Agente Marítimo en la Junta de Operaciones y controlará los tiempos de demora ocasionados por el remolcador para el inicio de la operación.

Por medidas de eficiencia y seguridad, en caso que se exceda en 15 minutos desde la llamada del Práctico para que los remolcadores del Usuario Intermedio lo esperen en boyas en caso de atraque, o al costado de la nave para el desatraque; los remolcadores del Terminal Portuario (ENAPU S.A.) o los de algún otro Usuario Intermedio elegido por el Agente Marítimo respectivo, procederán a la prestación del servicio y cargarán la facturación correspondiente directamente al cliente (Nave – Agente Marítimo).”

- 8.2 SERTEMAR observa que:

“Al punta 8, Control de los servicios : Sujeto a mecanismos propios de control vigentes. No obstante es necesario considerar para su formulación que el servicio de remolcaje se realiza de acuerdo a la fluidez que requiere la maniobra. ENAPU no debe ejercer control sobre lo que no le compete. El tráfico marítimo es un control a cargo de la Autoridad Marítima, a través de su dependencia denominada TRAMAR. En la práctica, ni la nave o el práctico esperan a los remolcadores. Resulta, entonces, una exigencia, precisar su contenido con intervención de la Autoridad Marítima”

- 8.3 Al respecto se debe mencionar que OSITRAN promueve la eficiencia en el uso de la infraestructura de transporte de uso público, y que el tiempo de permanencia de las naves en el Puerto está en función a la eficiencia de las operaciones portuarias, incluyendo las de remolcaje.
- 8.4 En consecuencia, el referido numeral propuesto por ENAPU, que es responsable de las operaciones en el Terminal Portuario, se considera adecuado para incentivar a una atención del servicio en un tiempo razonable.

## **9. Con respecto al Numeral 10 – Obligaciones del Usuario Intermedio**

- 9.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“10.- OBLIGACIONES DEL USUARIO INTERMEDIO**

- a. Cumplir con los requisitos generales y operativos para el acceso a la infraestructura esencial, descritos en el Reglamento de Acceso de ENAPU que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-CD-OSITRAN,

en especial aquellos contenidos en los artículos 17° al 21° de dicho Reglamento.

- b. Pagar puntualmente los pagos por el cargo que le corresponda.
- c. Proporcionar el servicio de Remolcaje a requerimiento de los clientes, durante las 24 horas de todos los días del año, sin ocasionar demora alguna del servicio, la cual de suceder, se considerará inexcusable, salvo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, definidos en el Artículo 1315 del Código Civil.
- d. Disponer lo conveniente para la adecuada presentación de su personal, el mismo que deberá contar con uniforme de trabajo con el nombre y/o logotipo del Usuario Intermedio para el cual se encuentren laborando, y un membrete con el nombre del operario.
- e. El personal (tripulación del remolcador) y los remolcadores del Usuario Intermedio no podrán permanecer en lugares distintos a los expresamente autorizados y señalizados por la Administración del Terminal Portuario del Callao. De incumplirse dicha disposición, los eventuales accidentes y daños que pudieran ocurrir serán enteramente de responsabilidad del Usuario Intermedio.
- f. El personal del Usuario Intermedio debe cumplir con las normas y directivas de operaciones y seguridad.”

#### 9.2 SERTEMAR observa que:

“En el acápite anterior señalamos nuestro cuestionamiento al Reglamento de Acceso de ENAPU. En cuanto al pago del cargo de acceso; no precede. En lo demás, esta sujeto a regulaciones propias del servicio vigentes. En una relación contractual -constituida por el propio Mandato de Acceso-, la sujeción al Reglamento de Acceso de ENAPU, sin conocer su adecuación a las nuevas disposiciones, rompe la paridad entre las partes y constituye una falta de técnica legislativa para regular la relación contractual.”

#### 9.3 Al respecto, cabe recordar que por decisión de OSITRAN, el Reglamento de Acceso de ENAPU contempla en sus Disposiciones Complementarias, lo siguiente:

“Octava.- De conformidad con lo establecido en el Artículo 6° del REMA de OSITRAN, la normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir los usuarios intermedios que requieran acceder a la utilización de las Facilidades Esenciales a cargo de la Entidad Prestadora; está fuera del alcance del REMA y por lo tanto del presente Reglamento.

Sin embargo, la Entidad Prestadora anexa la relación de dicha normas al presente Reglamento, en aplicación del Principio de Plena Información a que se refiere el Literal f) del Artículo 8° del REMA. Dicha relación de normas tiene naturaleza y carácter informativo y por tanto no forma parte integrante del presente Reglamento.

Novena.- Ninguna disposición establecida en el presente Reglamento o la aplicación de dicha disposición por parte de la Entidad Prestadora, puede oponerse a lo establecido en el REMA de OSITRAN, por ser ésta una norma de orden público de obligatorio cumplimiento para la Entidad Prestadora. En tal virtud, en el caso que se produzca una controversia sobre lo dispuesto en el presente Reglamento con relación a lo establecido en el REMA, primará lo establecido en el REMA de OSITRAN.

Décima.- En aplicación de lo establecido en el Literal a) del Artículo 3º, Artículo 5º, 16º, 18º y 23º del REMA, ya sea de oficio o a instancia de parte, OSITRAN puede iniciar un procedimiento de investigación destinado a determinar la inaplicación de cualquier condición de acceso que imponga la Entidad Prestadora, en los casos en que a juicio de OSITRAN, la misma no cumpla con ajustarse a la naturaleza de la operación y servicio involucrado o constituya una barrera de acceso de conformidad con lo establecido en el REMA. En tal caso, de comprobarse que la condición de acceso en cuestión se opone a lo establecido en el REMA o constituye una barrera de acceso, será aplicable a la Entidad Prestadora lo establecido en el Artículo 21º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.”

- 9.4 Por lo tanto, queda claro que SERTEMAR está obligado a sujetarse al Reglamento de Acceso de ENAPU y sus adecuaciones, siempre que el mismo no vulnere los principios y procedimientos contenidos en el REMA, en cuyo caso podrá requerir la intervención de OSITRAN para modificar el mencionado Reglamento de la ENAPU.

## **10. Con respecto al Numeral 11 – Seguros**

- 10.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“11.- SEGUROS**

El Usuario Intermedio debe mantener vigente la Póliza de Seguros presentada ante la Dirección General de Transporte Acuático del MTC, para el otorgamiento o renovación de la Licencia para la prestación del servicio de remolcaje.

Los montos de la póliza no limitarán la responsabilidad del Usuario Intermedio ante la presencia de daños o perjuicios por montos superiores. En este caso el Usuario Intermedio deberá asumirlos plenamente.”

- 10.2 SERTEMAR observa que:

“Esta sujeto a regulaciones vigentes, En todo caso, precisar que las responsabilidades se determinarán una vez agotadas las vías administrativas y/o legales pertinentes”

- 10.3 No se considera necesaria la precisión. SERTEMAR siempre puede acudir a las instancias que la Ley le permita, en caso de existir alguna discrepancia con respecto a las responsabilidades como consecuencia de un siniestro.

## **11. Con respecto al Numeral 12 – Modificación de la Infraestructura por parte de la Entidad Prestadora**

11.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“12.- MODIFICACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA POR PARTE DE LA ENTIDAD PRESTADORA**

La Entidad Prestadora informará a OSITRAN y al Usuario Intermedio los cambios que vaya a introducir en su infraestructura, en caso que dichos cambios afecten el servicio de remolcaje, aplicando para tal fin el procedimiento previsto en el artículo 22° del REMA”.

11.2 SERTEMAR observa que:

“Sujeto al REMA vigente. Debería haber señalado expresamente, los mecanismos de discusión y análisis con los Usuarios Intermedios”

11.3 Sin embargo, el citado artículo 22° del REMA establece que:

“Las Entidades Prestadoras informarán a OSITRAN y a los usuarios intermedios con los que tenga Contratos de Acceso, los cambios que vaya a introducir en su infraestructura que afecten el Acceso u otro servicio público de transporte, tan pronto como se adopte la decisión de introducirlos, y con al menos treinta (30) días de anticipación al inicio de dichas modificaciones. En dicha comunicación, deberán informar el plazo en que se ejecutarán las obras correspondientes.”

11.4 Por lo tanto, considerando que el Mandato precisa que el procedimiento aplicable para este caso es el previsto en el artículo 22° del REMA, no se considera necesario mayor información al respecto.

## **12. Con respecto al Numeral 13 – Modificación de la Infraestructura por parte del Usuario Intermedio**

12.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“13.- MODIFICACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA POR PARTE DEL USUARIO INTERMEDIO**

El Usuarios Intermedio podrá efectuar cambios y ajustes en la infraestructura solo si cuenta con la autorización previa de la Entidad Prestadora, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA).”

12.2 SERTEMAR observa que:

“La autorización previa debe ser automática”

12.3 La observación carece de sustento, debido a que ENAPU es responsable de la administración de la infraestructura portuaria.

## **13. Con respecto al Numeral 14 – Adecuación de cargos de acceso**

13.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

**“14.- ADECUACIÓN DE CARGOS DE ACCESO Y/O CONDICIONES ECONÓMICAS POR NEGOCIACIÓN CON OTROS USUARIOS INTERMEDIOS**

En caso que la Entidad Prestadora acuerde con un Usuario Intermedio, mediante un proceso de negociación directa, un Cargo de Acceso y/o condiciones económicas más favorables que los establecidos en el presente Mandato de Acceso, deberá igualar el cargo y/o condiciones económicas contenidos en éste Mandato, con aquellos otorgados a los usuarios intermedios más favorecidos.”

13.2 SERTEMAR observa que:

“Mantenemos nuestra discrepancia con la imposición de un cargo de acceso”

13.3 Las observaciones referidas al cargo de acceso han sido respondidas en el numeral respectivo. Por otro lado, este numeral 14 debe ser incluido de forma obligatoria, según se establece en el REMA.

**14. Con respecto al Numeral 15 – No exclusividad del acceso**

14.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

**“15.- NO-EXCLUSIVIDAD DEL ACCESO**

El presente Mandato de Acceso no otorga condiciones de exclusividad al Usuario Intermedio, para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje.”

14.2 SERTEMAR observa que:

“..debió señalar que la intervención de ENAPU como prestador del servicio de remolcaje no puede ser en mejores condiciones que las establecidas para los demás Usuarios Intermedios”

14.3 El numeral señalado tiene por finalidad dejar en claro que el acceso otorgado a SERTEMAR no le brinda un derecho exclusivo para la prestación del servicio de remolcaje en los Terminales Portuarios de Callao y General San Martín.

14.4 Es decir, cualquier otra empresa que cumpla con los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el acceso, puede brindar el servicio de remolcaje en los referidos Terminales Portuarios, y competir con SERTEMAR.

14.5 Cabe resaltar que dichos requisitos y procedimientos están referidos en el REMA y el Reglamento de Acceso de ENAPU, los cuales son de obligatoria aplicación por parte de dicha Entidad Prestadora, por lo que no puede darse el caso que alguna empresa brinde el servicio en mejores condiciones que otras.

14.6 Adicionalmente, con respecto a ENAPU, se debe mencionar que dicha entidad también se encuentra obligada a cumplir con los requisitos correspondientes para obtener una licencia de operación en caso que desee prestar el servicio de remolcaje.

- 14.7 Por otro lado, en el supuesto caso que ocurriera alguna discriminación que implicara una situación ventajosa por parte de ENAPU, con respecto a otra empresa de remolcaje, la parte afectada podrá presentar la denuncia respectiva a la instancia correspondiente. Asimismo, el menor cargo de acceso debe ser aplicable a todos los usuarios intermedios.
- 14.8 Por lo expuesto, no se considera necesario que el Mandato de Acceso incluya el aspecto propuesto por SERTEMAR.

## **15. Con respecto al Numeral 17 – Incumplimiento de las obligaciones**

- 15.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“17.- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES**

La Entidad Prestadora notificará al Usuario Intermedio en el caso que éste incumpliera con alguna de sus obligaciones contenidas en el presente Mandato de Acceso. En el caso que el Usuario Intermedio no subsane el incumplimiento, el Mandato de Acceso quedará suspendido a partir del quinto día de realizada dicha notificación, y mientras se mantenga dicho incumplimiento.”

- 15.2 SERTEMAR observa que:

“La suspensión debe ser restrictiva a casos determinados y el plazo de subsanación debe ser extendido a 15 días. Se rompe la paridad propia del contrato de acceso; creando el riesgo de la imposición de arbitrariedades por parte de ENAPU. Es preciso establecer un procedimiento de cargos, descargos, Acta de conciliación, revisión por OSITRAN; vinculado al Reglamento General de Solución de Reclamos y Controversias de OSITRAN”

- 15.3 Sobre este punto, se debe mencionar que una lectura integral del Mandato de Acceso permite observar que, además del plazo de cinco (05) días para subsanar un incumplimiento, en caso que SERTEMAR no se encontrara de acuerdo con el reclamo de ENAPU debido a una interpretación distinta de los hechos o del Contrato de Acceso, en aplicación del numeral 19 del Mandato – Solución de Controversias - puede someter dicha diferencia al procedimiento previsto en el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias emitido por OSITRAN.
- 15.4 Por otro lado, se considera importante que todo Mandato de Acceso incorpore los incentivos necesarios para que los Usuarios Intermedios cumplan con sus obligaciones derivadas del mismo.
- 15.5 En consecuencia, se considera innecesario modificar el Mandato de Acceso para incorporar el tema observado por SERTEMAR.

## **16. Con respecto al Numeral 18 – Resolución de Contrato**

- 16.1 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.”

16.2 SERTEMAR observa que:

“La resolución debe ser restrictiva a casos determinados y, en todo caso, no puede quedar sujeta a la potestad única de la Entidad Prestadora, bajo riesgo de consagrar arbitrariedades. Mejor es establecer un procedimiento de cargos, descargos, Acta de conciliación, revisión por OSITRAN. Sugerimos vinculación al Reglamento General de Solución de Reclamos y Controversias de OSITRAN.”

16.3 Consideramos correcta la propuesta de SERTEMAR en el sentido de precisar mejor cuáles son las causales de resolución de contrato a efectos de brindar mayor seguridad jurídica a su posición. En cuanto a la sugerencia de establecer un mejor procedimiento para despejar las discrepancias, habría que señalar que OSITRAN, al emitir el mandato de acceso, actúa en defecto del acuerdo de partes, y en consecuencia, lo lógico es que ante la falta de acuerdo sobre alguna cláusula se opte por la alternativa más objetiva que es permitir que las partes hagan uso de los mecanismos regulados por OSITRAN en sus normas.

16.4 En atención a lo solicitado se ha procedido a determinar cuáles son las obligaciones cuyo incumplimiento permite a ENAPU la aplicación de la resolución de pleno derecho, las mismas que tienen carácter taxativo eliminando los riesgos del ejercicio arbitrario de dicha facultad.

16.5 Es así que en aplicación del numeral 19 del Mandato relativo a Solución de Controversias, SERTEMAR puede someter dicha diferencia al procedimiento previsto en el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias emitido por OSITRAN.

16.6 Ciertamente que un procedimiento de solución de diferencias ad-hoc puede resultar mejor que uno general como el aludido en el numeral 19 del Mandato, sin embargo, OSITRAN considera que esto debe ser pactado por las partes y si éstas no se ponen de acuerdo, el mecanismo regulado en el referido Reglamento es un sucedáneo que cumple con todos los requisitos necesarios para la solución de las diferencias entre las partes.

16.7 En consecuencia, se propone la siguiente modificación:

**“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.”

## **17. Con respecto al Numeral 20 – Disposiciones Finales**

17.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

### **“20.- DISPOSICIONES FINALES**

El Usuario Intermedio se hace responsable de los actos, acciones u omisiones cometidos por el personal a su cargo.

Una vez inscrito el personal de la Empresa Usuaria Intermedia prestadora del Servicio en los Registros del Terminal Portuario, no podrá ser modificado o incrementado sin la autorización previa de ENAPU S.A., debiendo ser ésta solicitada por escrito adjuntando la documentación sustentatoria correspondiente”

17.2 SERTEMAR observa que:

“Sujeto a normas vigentes; no obstante, la autorización previa debe ser automática y toda objeción, debidamente motivada.”

17.3 Al respecto, se considera adecuado precisar que ENAPU no podrá oponerse al registro de personal nuevo del Usuario Intermedio a menos que exista una causal justificada, la cual no puede estar vinculada a las características operativas de la prestación del servicio por parte del Usuario Intermedio.

17.4 Asimismo, cabe precisar que se considera recomendable establecer que en caso ENAPU no se pronuncie en plazo de cinco (5) días hábiles, se entenderá aceptada la solicitud.

17.5 En consecuencia, se considera que el numeral 20 debe ser modificado en los siguientes términos:

### **“20.- DISPOSICIONES FINALES**

El Usuario Intermedio se hace responsable de los actos, acciones u omisiones cometidos por el personal a su cargo.

Una vez inscrito el personal de la Empresa Usuaria Intermedia prestadora del Servicio de Practicaje en los Registros del Terminal Portuario correspondiente, no podrá ser modificado o incrementado sin la autorización previa de ENAPU S.A., lo cual deberá ser solicitado por escrito. ENAPU no se opondrá sin razón debidamente justificada, debiéndose pronunciar en un plazo máximo de cinco (05) días útiles de recibida la referida solicitud, transcurridos los cuales se considerará aceptada.”

## **18. Consideraciones Finales**

18.1 De lo expuesto hasta esta parte, se desprende con toda claridad que al emitirse el mandato, OSITRAN ha cumplido con respetar lo siguiente:

18.1.1 El principio de legalidad en atención a que ha emitido el mandato en cumplimiento estricto de las normas que lo autorizan para ello y

ajustándose estrictamente a las facultades concedidas por las mismas;

18.1.2 El principio de debido procedimiento, pues del desarrollo del procedimiento de emisión del mandato de acceso se aprecia que OSITRAN ha cumplido con todas las etapas del procedimiento conforme a lo dispuesto por el REMA, a lo que cabe agregar, sin perjuicio de que no es materia del presente procedimiento, que OSITRAN también ha cumplido conforme a lo anteriormente señalado con los pasos necesarios para la emisión del Reglamento de Acceso de ENAPU otorgando todas las garantías para que SERTEMAR participe en su elaboración sin que haya realizado acción de algún tipo en dicho sentido; y,

18.1.3 El principio de razonabilidad al establecer los términos del mandato, y en especial al establecer el cargo de acceso y el plazo del mandato tal como se ha demostrado en los acápites anteriores;

18.2 Asimismo, en el supuesto negado que, tal como lo señala SERTEMAR, no haya habido motivación suficiente del mandato de acceso impugnado por el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al tratarse de un vicio no trascendente, prevalece su conservación procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

18.3 En el presente caso, y siempre en el supuesto negado anteriormente aludido, la supuesta falta de motivación sería subsanada por una nueva resolución del Consejo Directivo, y en consecuencia se conserva plenamente el acto impugnado.

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

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1°:** Declarar fundado el Recurso de Reconsideración presentado por SERTEMAR en relación a los extremos referidos a los numerales 18 y 20 del Anexo 1 N° Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN, e infundado en lo demás que contiene, confirmándose la impugnada.

**Artículo 2°:** El numeral 18 – Resolución del Contrato del Anexo 1 de la Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN se modifica en los términos contenidos en el numeral 16.7 de la presente Resolución.

**Artículo 3°:** El Numeral 20 – Disposiciones Finales - del Anexo 1 de la Resolución N° 054-2004-CD-OSITRAN se modifica en los términos contenidos en el numeral 17.5 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 SERTEMAR.

**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