

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**Lima, 19 de abril de 2016****Nº 019-2016-CD-OSITRAN****VISTOS:**

El recurso de reconsideración interpuesto por Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante, ENAPU) contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 003-2016-CD-OSITRAN y el Informe Nº 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN elaborado conjuntamente por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley Nº 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función Reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el artículo 2º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17º del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, mediante Resolución Nº 043-2004-CD/OSITRAN y sus modificaciones se aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), el cual establece la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará OSITRAN cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte;

Que, el 23 de julio de 2004 mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 031-2004-CD/OSITRAN el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la nueva estructura y niveles tarifarios aplicables a los servicios que ofrecía ENAPU;

Que, mediante Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente Nº 1975-2011, la Corte Suprema del Poder Judicial declaró nula la Resolución Nº 031-2004-CD/OSITRAN, alegando que OSITRAN emitió el referido acto administrativo sin haber contado con la propuesta tarifaria de la Autoridad Portuaria Nacional (APN);

Que, conforme a lo dispuesto por el Poder Judicial, el 30 de diciembre de 2014, OSITRAN solicitó a la APN, que presente su propuesta de régimen tarifario para los servicios que presta ENAPU S.A. bajo régimen de regulación. No obstante, el 24 de abril de 2015, la APN comunicó a OSITRAN su decisión de abstenerse de emitir un pronunciamiento respecto a dicha solicitud;

Que, mediante la Nota N° 055-2015-GRE-OSITRAN, de fecha 24 de agosto de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General los siguientes documentos: Proyecto de Resolución que autoriza la Prepublicación de la Propuesta Tarifaria, Proyecto de Resolución de la Revisión Tarifaria, Exposición de Motivos, Relación de Documentos que sustentan la Propuesta e Informe Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU;

Que, mediante proveído N° 2379-2015-GG de fecha 31 de agosto de 2015, consignado en la Nota N° 055-2015-GRE-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN, en virtud del artículo 60 del RETA, consideró necesario realizar actuaciones complementarias, por lo que solicitó que se requiera nuevamente a la APN su propuesta tarifaria en concordancia con lo establecido en el artículo 13.1 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) y el artículo 59 literal b) de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, y sus modificatorias;

Que, a través del Oficio N° 238-15-GG-OSITRAN recibido el 22 de setiembre de 2015, OSITRAN reiteró a la APN que cumpla con remitir a este Organismo Regulador su propuesta tarifaria de los servicios que brinda ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, otorgándosele para ello un plazo de quince (15) días hábiles;

Que, mediante el Oficio N° 861-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 15 de octubre de 2015, la APN solicitó a OSITRAN, ampliar en quince (15) días hábiles adicionales el plazo para la presentación de la propuesta tarifaria en cuestión;

Que, mediante el Oficio N° 278-2015-GG-OSITRAN recibido el 27 de octubre de 2015, la Gerencia General de OSITRAN, otorgó el plazo solicitado por la APN, con lo cual el nuevo plazo para la presentación de la propuesta tarifaria vencía el 5 de noviembre de 2015;

Que, mediante el Oficio N° 914-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 03 de noviembre, la APN solicitó una prórroga adicional, la cual fue concedida a través del Oficio N° 300-2015-GG-OSITRAN del 09 de noviembre de 2015;

Que, mediante Oficio N° 947-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 12 de noviembre, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UJ que sustenta su propuesta tarifaria para los terminales portuarios de Salaverry e Ilo. Adicionalmente, mediante el Oficio N° 131-15-GRE-OSITRAN del 18 de noviembre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN, solicitó a la APN la separata que contiene el análisis y la propuesta de régimen tarifario, según lo indicado en el Informe N° 094-2015-APN/DIPLA/UJ. Esta solicitud fue atendida por la APN, a través del Oficio N° 974-2015-APN/GG-DIPLA del 20 de noviembre de 2015;

Que, mediante Nota N° 080-2015-GRE-OSITRAN, de fecha 25 de noviembre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió nuevamente a la Gerencia General una "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo", a fin de que dicho órgano la ponga en consideración del Consejo Directivo;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 068-2015-CD-OSITRAN, de fecha 30 de noviembre de 2015, se dispuso la publicación de la "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo" en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de OSITRAN. Asimismo, se encargó la convocatoria a la Audiencia Pública y se



otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios o sugerencias a la propuesta del Regulador;

Que, el 04 de diciembre del 2015, la propuesta tarifaria del Regulador fue publicada en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, el 15 de diciembre de 2015, mediante publicación en el mismo medio de comunicación, el OSITRAN convocó a las Audiencias Públicas para la presentación de las propuestas de revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU, que se realizaron en las ciudades de Trujillo e Ilo, los días 12 y 15 de enero del 2016, respectivamente;

Que, el 09 de febrero de 2016, mediante Nota N° 011-16-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General del OSITRAN el "Informe que Sustenta las Tarifas Máximas para los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU", la propuesta de Resolución del Consejo Directivo por la que se aprueba la Propuesta Tarifaria y la Exposición de Motivos de la misma;

Que, el 15 de febrero de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN mediante la que resolvió determinar las Tarifas Máximas de los Servicios de la Empresa Nacional de Puertos bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, la cual fue notificada a ENAPU el 18 de febrero de 2016, mediante Oficio Circular N° 007-16-SCD-OSITRAN;

Que, con fecha 08 de marzo de 2016, ENAPU interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución del Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN;

Que, mediante el Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 14 de abril de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se analizó recurso de reconsideración interpuesto por ENAPU, recomendándose que se declare infundado, entre otras, por las siguientes consideraciones:

- Contrariamente a lo señalado por ENAPU, respecto a que la propuesta presentada por la APN no puede ser considerada como propuesta tarifaria ya que no cumple con lo establecido en el artículo 62° del RETA; se advierte que aun cuando el referido artículo se refiere a información que debe ser presentada por Entidades Prestadoras, calidad que la APN no ostenta, de la revisión efectuada a la propuesta tarifaria presentada por dicha entidad, se advierte que ésta contenía información suficiente que permitía su evaluación por parte del OSITRAN, información que coincide con las exigencias previstas en el referido artículo del RETA.
- De la documentación obrante en el expediente administrativo se advierte que la elaboración de la propuesta tarifaria del Regulador y sus documentos sustentatorios, se realizaron después de recibida la propuesta tarifaria de la APN.
- Ni el marco normativo vigente, ni la sentencia del Poder Judicial indican que OSITRAN tenga que ceñirse a la propuesta tarifaria presentada por la APN, toda vez que ello implicaría condicionar el ejercicio de las competencias legalmente asignadas al Regulador. No obstante ello, contrariamente a lo que señala ENAPU, OSITRAN sí evaluó dicha propuesta, habiendo indicado y motivado que la recomendación de mantener las tarifas vigentes de los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, carecía de un sustento adecuado.



- El cambio de signo monetario de las tarifas de dólares americanos a soles aprobadas por OSITRAN, se realizó a partir de criterios técnicos, los cuales fueron señalados en el informe que sustento la resolución impugnada.
- Los argumentos esgrimidos por ENAPU en su recurso de reconsideración carecen de fundamento, por lo que se concluye que la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN se emitió en estricto cumplimiento de la Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente N° 1975-2011, cumpliendo además las reglas y procedimientos previstos en la Ley del Sistema Portuario Nacional, su reglamento y el RETA de OSITRAN.
- Adicionalmente, respecto de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN presentada por ENAPU junto con su Recurso de Reconsideración, corresponde declararla improcedente.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo expresa su conformidad con el Informe de vistos, el cual lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa formando parte del sustento y motivación de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 583-16-CD-OSITRAN y sobre la base del Informe N° 009-2016-GRE-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Nacional de Puertos S.A. contra la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, mediante la cual se aprobaron las tarifas máximas de los servicios brindados por la referida empresa, que se encuentran bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo.

Artículo 2°.- Declarar improcedente la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, presentada por la Empresa Nacional de Puertos S.A.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN a la Empresa Nacional de Puertos S.A., dándose por agotada la vía administrativa. Asimismo, notificar la presente Resolución y el Informe que la sustenta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



INFORME N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

14 ABR 2016

Asunto : Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN interpuesto por Empresa Nacional de Puertos Sociedad Anónima – ENAPU S.A.

Fecha : 14 de abril de 2016

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Empresa Nacional de Puertos Sociedad Anónima – ENAPU S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN, mediante la cual se determinó las tarifas máximas de los servicios portuarios bajo el régimen de regulación que se prestan en los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry.

II. ANTECEDENTES

2. El 10 de mayo de 1999, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la estructura y niveles tarifarios máximos aplicables a los servicios portuarios sujetos a régimen de regulación que presta la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU).
3. El 23 de mayo de 2002, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó revisar de oficio las tarifas reguladas de los terminales portuarios administrados por ENAPU.
4. El 23 de julio de 2004, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la nueva estructura y niveles tarifarios aplicables a los servicios que ofrecía ENAPU.
5. Mediante Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente N° 1975-2011, la Corte Suprema del Poder Judicial declaró nula la Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN. La nulidad se basó en el hecho de que OSITRAN emitió el referido acto administrativo sin haber contado con la propuesta tarifaria de la APN.
6. El 30 de diciembre de 2014, mediante Oficio N° 541-14-GG-OSITRAN, el Regulador solicitó a la APN presentar una propuesta de régimen tarifario para los servicios que presta ENAPU bajo régimen de regulación en los terminales portuarios de Salaverry e Ilo. En respuesta al requerimiento formulado, la APN, mediante Oficio N° 347-2015 APN/GG de fecha 24 de abril de 2015, informó a OSITRAN que se abstendría de emitir un pronunciamiento referido a la propuesta tarifaria solicitada.



7. Con fecha 22 de setiembre de 2015, mediante Oficio N° 238-15-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN reiteró a la APN que cumpla con remitir su propuesta tarifaria de los servicios que brinda ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, otorgándosele para ello un plazo de quince (15) días hábiles.
8. Con fecha 12 de noviembre de 2015, mediante Oficio N° 947-2015-APN/GG-DIPLA, la APN remitió a OSITRAN el informe Técnico Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UAJ que sustenta su propuesta tarifaria para los terminales portuarios de Salaverry e Ilo.
9. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 068-2015-CD-OSITRAN, de fecha 30 de noviembre de 2015, se dispuso la publicación de la "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo" en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de OSITRAN. Asimismo, se encargó la convocatoria a la Audiencia Pública y se otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios o sugerencias a la propuesta del Regulador.
10. El 04 de diciembre del 2015, la propuesta tarifaria del Regulador fue publicada en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, el 15 de diciembre de 2015, mediante publicación en el mismo medio de comunicación, el OSITRAN convocó a las Audiencias Públicas para la presentación de las propuestas de revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU, que se realizaron en las ciudades de Trujillo e Ilo, los días 12 y 15 de enero del 2016, respectivamente.
11. El 09 de febrero de 2016, mediante Nota N° 011-16-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (en lo sucesivo, GRE) remitió a la Gerencia General del OSITRAN el "Informe que Sustenta las Tarifas Máximas para los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU"; la propuesta de Resolución del Consejo Directivo por la que se aprueba la Propuesta Tarifaria y la Exposición de Motivos de la misma.
12. Con fecha 15 de febrero de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN mediante la que resolvió determinar las Tarifas Máximas de los Servicios de la Empresa Nacional de Puertos bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo.
13. El 08 de marzo de 2016, ENAPU interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución del Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

14. Mediante su recurso de reconsideración, ENAPU impugnó la Resolución del Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN que resolvió determinar las Tarifas Máximas de los Servicios de ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo.
15. A fin de emitir pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración presentado, corresponde evaluar los siguientes aspectos desde una perspectiva técnico legal:

III.1 Admisibilidad del recurso de reconsideración.

III.2 Argumentos de ENAPU

III.3 Evaluación de los argumentos presentados por ENAPU



III.1 Admisibilidad del Recurso de reconsideración

16. El artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
17. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la LPAG, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer tales recursos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto¹.
18. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
 - Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG y sea autorizado por letrado.
19. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN:
 - a. La Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo. ENAPU interpuso ante el mismo órgano el recurso de reconsideración contra dicha resolución. Por tanto, dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el Recurso de Reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor, se entiende cumplido el primer requisito.
 - b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), el artículo 16° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6°, concordado con el artículo 1° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los



¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
"212. - Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)".



Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del Recurso de reconsideración.

- c. Conforme lo establece el numeral 133.1 del artículo 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que ENAPU fue notificado con la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, el 18 de febrero de 2016, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del Recurso de Reconsideración venció el 10 de marzo de 2016; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto con fecha 08 de marzo del 2016; es decir, dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207º de la LPAG.
 - d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN, se resolvió determinar las Tarifas Máximas de los Servicios de la Empresa Nacional de Puertos bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU. En ese orden de ideas, ENAPU tiene legítimo interés para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.
20. El recurso de reconsideración interpuesto por ENAPU consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113º de la LPAG. En conclusión, debe admitirse a trámite el recurso administrativo interpuesto por ENAPU.

III.2 Argumentos del Concesionario

21. ENAPU en su recurso administrativo plantea que OSITRAN no ha cumplido con la sentencia del Poder Judicial, de fecha 14 de mayo de 2013 (que declaró nula la Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN) debido a lo siguiente:
- En un primer momento la APN se abstuvo de formular una propuesta tarifaria, sin embargo, a insistencia del Regulador, dicha entidad remitió una propuesta. A decir del recurrente, la propuesta remitida por la APN, para ser considerada como tal, debía cumplir con los requisitos previstos en el artículo 62 del RETA, lo cual no ocurrió.
 - El recurrente indica que la propuesta de la APN fue remitida a OSITRAN cuando éste ya había realizado los estudios correspondientes y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) del Regulador ya había presentado su propuesta tarifaria al Consejo Directivo.
 - OSITRAN no tomó en cuenta la propuesta remitida por la APN en lo que respecta a la metodología a utilizar y la recomendación de mantener las tarifas vigentes.
 - OSITRAN habría realizado una interpretación del Oficio N° 025-2012-ENAPU S.A/GC, mediante el cual ENAPU consultó al Regulador si existía alguna disposición formal que impida cambiar de dólares a soles el tarifario. Sobre ello, indica que OSITRAN consideró aquella consulta como una solicitud y resolvió



que el nuevo tarifario debía aplicarse en soles, sin contar con un sustento técnico para esa decisión, por lo que la resolución impugnada carece de motivación.

22. Adicionalmente, ENAPU en su recurso de reconsideración solicita que OSITRAN, en virtud del artículo 216.2 de la Ley N° 27444, suspenda la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN, por cuanto la resolución impugnada le causa un perjuicio económico y financiero que no podrá ser reparado debido a que las tarifas establecidas por OSITRAN reducen los ingresos proyectados, de tal manera que se afecta la estabilidad y viabilidad financiera de la empresa estatal.

III.3. Análisis de los argumentos planteados por ENAPU

III.3.1. Respecto al argumento de que la propuesta de la APN no cumple con el artículo 62 del RETA

23. ENAPU señala que un primer momento la APN se abstuvo de formular una propuesta tarifaria, sin embargo, a insistencia del Regulador, dicha entidad remitió una propuesta. A decir del impugnante, la propuesta remitida por la APN, para ser considerada como tal, debía cumplir con los requisitos previstos en el artículo 62 del RETA, lo cual no ocurrió.
24. Al respecto, es preciso recordar que mediante Sentencia de Casación dictada en el Expediente N° 1975-2011, la Corte Suprema del Poder Judicial declaró nula la Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN, basándose en el hecho de que OSITRAN emitió el referido acto administrativo sin haber contado con la propuesta tarifaria de la APN.
25. Siendo así, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Poder Judicial, la Gerencia General de OSITRAN solicitó a la Gerencia General de la APN, que presente al Regulador su propuesta de régimen tarifario para los servicios que presta ENAPU bajo régimen de regulación. En virtud de ello, la APN, mediante Oficio N° 347-2015 APN/GG de fecha 24 de abril de 2015, informó a OSITRAN que se abstenía de emitir un pronunciamiento referido a la propuesta tarifaria solicitada, debido a que no contaba con los estados financieros regulatorios para elaborar su propuesta tarifaria.
26. Ante ello, mediante Oficio N° 161-15-GG-OSITRAN, de fecha 14 de mayo de 2015, la Gerencia General de OSITRAN respondió señalando que APN contó con 70 días hábiles para solicitar la información de contabilidad regulatoria, y que debió haberla requerido al Regulador para efectos de la elaboración de la propuesta tarifaria. En respuesta, mediante Oficio N° 503-2015-APN/GG, del 15 de junio de 2015, la APN, haciendo referencia al artículo 59° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, manifestó que habiendo vencido el plazo con el que contaba para remitir su propuesta tarifaria, el Regulador se encontraba facultado para establecer el régimen tarifario de ENAPU.
27. No obstante ello, mediante Oficio N° 238-15-GG-OSITRAN, recibido el 22 de setiembre de 2015, la Gerencia General de OSITRAN reiteró a la APN el requerimiento para cumpla con remitir su propuesta tarifaria de los servicios que brinda ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo. En atención a dicho reiterativo, con fecha 12 de noviembre de 2015, mediante Oficio N° 947-2015-APN/GG-DIPLA, la APN remitió a OSITRAN el informe Técnico Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UJ que sustenta su propuesta tarifaria para los terminales portuarios de Salaverry e Ilo.



28. Respecto de la propuesta remitida por la APN, ENAPU señala que ésta no cumple con los requisitos previstos en el artículo 62° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, para ser considerada como una propuesta tarifaria.
29. Al respecto, el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, señala lo siguiente en su artículo 62:

"CAPÍTULO 2: DEL PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN Y REVISIÓN TARIFARIA A INSTANCIA DE PARTE

"Artículo 62.- Contenido de la solicitud de fijación o revisión y desregulación tarifaria

En el caso de solicitudes de fijación o revisión tarifaria deberá contener cuando menos la siguiente información:

1. Nombre o denominación de la Entidad Prestadora solicitante;
2. Poder del representante legal de la Entidad Prestadora;
3. Marco general y justificación;
4. Definición del servicio o servicios objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria;
5. Estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio;
6. Definición y sustentación de la metodología utilizada como base para la propuesta de fijación tarifaria.
7. Proyección de la demanda;
8. Plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas;
9. Costos operativos;
10. Costo de capital;
11. Flujo de caja;
12. Análisis de sensibilidad;
13. Comparación tarifaria internacional, de ser el caso;
14. Información financiera auditada;
15. Proyecciones del cofinanciamiento del Concedente, de ser el caso.

En el caso de la solicitud de revisión tarifaria mediante el mecanismo de tarifas máximas o Tarifa tope, ésta deberá contener, además de los requisitos 1 al 6 de la sección precedente, los modelos, cálculos y fórmulas correspondientes".

30. Conforme puede observarse del texto transcrito, el artículo 62° del RETA está referido al procedimiento de fijación y revisión tarifaria a instancia de parte, es decir, esa norma establece los requisitos que debe cumplir toda Entidad Prestadora a fin de poder iniciar cualquiera de dichos procedimientos. En tal sentido, el referido artículo del RETA fue concebido para ser aplicado a las Entidades Prestadoras², definidas por el mismo RETA como las empresas que tiene la titularidad para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios, características que no resultan aplicables a la APN, la cual es una entidad que se encarga del desarrollo del Sistema Portuario Nacional, así como del fomento de la inversión privada en los puertos.

² ENTIDAD PRESTADORA: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios.

31. Lo anterior guarda concordancia con el hecho de que el artículo 62 del RETA contiene incisos en los que hace referencia a información que solo las Entidades Prestadoras poseen en su calidad de empresas que explotan infraestructura portuaria de transporte de uso público. Ese es el caso, por ejemplo, de los incisos 1, nombre de la Entidad Prestadora; 2, poderes del representante de la Entidad Prestadora; 8, plan de inversiones a ser efectuado por la empresa; 9, costos operativos; 10, costos de capital; 14, información financiera auditada de la empresa, entre otras.
32. Sin perjuicio de lo anterior, es importante indicar que la propuesta tarifaria remitida a OSITRAN por la APN contenía información suficiente que permitió su evaluación por parte del Regulador, la misma que, además, coincide con el tipo de información prevista en el artículo 62 del RETA. Así por ejemplo se tiene que la propuesta presentada por la APN presentaba:

- Marco general y justificación

La APN en el Informe Técnico-Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UAJ, que sustenta su propuesta tarifaria, realiza una explicación general en torno a este tema; asimismo, detalla el marco normativo que justifica la remisión de su propuesta tarifaria al Regulador.

- Definición del servicio o servicios objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria".

La APN realiza una definición de los servicios a la nave y a la carga sujetos a regulación tarifaria. Entre estas definiciones se encuentra la correspondiente al servicio de los servicios de "Amarre y desamarre", "Uso de amarradero", "Uso de muelle" (Ver página 2 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry", presentada por APN mediante Oficio 974-2015-APN/GG-DIPLA).

- Estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio.

Tanto en la propuesta tarifaria denominada "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry", como en el Informe Técnico-Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UAJ, se encuentra el sustento técnico-económico de los supuestos, así como los parámetros y bases de datos utilizados por la APN en su propuesta tarifaria.

- Definición y sustentación de la metodología utilizada como base para la propuesta de fijación tarifaria.

La APN sustentó la utilización de la metodología denominada "Tasa de Retorno", para lo cual utiliza la definición establecida en el Anexo I del RETA de OSITRAN.

a) Tarifas en función de la Tasa de Retorno (TR)

Consiste en fijar una tarifa (o precio) dada la restricción de sostenibilidad, que la garanticen a la Entidad Prestadora ingresos suficientes para cubrir sus costos de operación y obtener un retorno sobre el activo invertido. (...)



Ello puede observarse en la página 1 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

- Proyección de la demanda

Para el caso del Terminal Portuario de Ilo, la APN consideró una proyección de demanda a 5 años (2015-2019), para lo cual indicó que había utilizado como base las proyecciones de demanda realizadas por el Asesor de Transacción de la Iniciativa Privada Terminal Multipropósito de Ilo.

Del mismo modo, en la estimación de demanda del Terminal Portuario de Salaverry, la APN consideró un periodo similar (2015-2019). Para ello, utilizó las proyecciones realizadas por el proponente de la Iniciativa Privada para la modernización y desarrollo del Terminal Multipropósito de Salaverry.

Lo mencionado puede observarse en la página 3 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

- Plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas

La APN consideró inversiones ejecutadas (stock de inversiones) correspondientes al periodo 2012-2013, los cuales ascienden aproximadamente a S/. 19 millones y S/. 11 millones en los terminales portuarios de Salaverry e Ilo, respectivamente.

En lo referido al stock de inversiones, dicha información puede observarse en la página 6 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

En relación al plan de inversiones, ENAPU no tiene previsto realizar inversiones en el mediano y largo plazo, por lo cual se justifica que la APN no haya presentado un plan de inversiones.

- Costos operativos

En la propuesta tarifaria de la APN puede observarse una estimación de costos operativos para el periodo 2015-2019. Para el 2019, estiman que estos costos llegarían a S/. 10,0 mil y S/.5,6 mil en los terminales portuarios de Salaverry e Ilo, respectivamente.

Lo indicado puede observarse en la página 5 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

- Costo de capital

La APN estimó que el costo del capital en dólares para ENAPU es de 8,48%. La metodología y la información utilizada por la APN pueden observarse en la sección denominada: "Determinación de la Tasa de Retorno Justa", ubicada en la página 8 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

- Flujo de caja



En la sección denominada "Propuesta tarifaria", la APN presenta un flujo de caja proyectado para el periodo 2015 - 2019. En éste se puede observar las proyecciones de ingresos, costos y el capital inicial a partir del cual la APN ha estimado el nivel de variación que deberían registrar las tarifas actuales para lograr un Valor Actual Neto igual a cero.

Dicho flujo de caja, se encuentra detallado en la página 11 de la "Propuesta Tarifaria para los Servicios Regulados de los Terminales Portuarios de Ilo y Salaverry".

33. De este modo, se advierte que aun cuando el artículo 62 del RETA se refiere a información que debe presentar por Entidades Prestadoras, calidad que la APN no ostenta, de la revisión efectuada a la propuesta tarifaria presentada por dicha entidad, se advierte que ésta contenía información suficiente que permitió su evaluación por parte del OSITRAN, información que coincide con las exigencias previstas en el referido artículo del RETA, razón por la cual el argumento de ENAPU bajo análisis no es atendible.

III.3.2 Respecto al momento en que fue presentada la propuesta de la APN

34. De otro lado, ENAPU indica que la APN remitió su propuesta a OSITRAN luego de que éste había realizado los estudios correspondientes y después que la GRE del Regulador había presentado su propuesta tarifaria al Consejo Directivo.
35. Al respecto, como quedó señalado anteriormente, luego de que la APN dio respuesta al Oficio N° 161-2015-GG-OSITRAN, indicando que no remitiría una propuesta tarifaria y que de conformidad con el artículo 59 literal b) del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, OSITRAN puede de oficio establecer el régimen tarifario correspondiente, la GRE continuó con el procedimiento, motivó por el cual remitió a la Gerencia General su respectiva propuesta de revisión tarifaria el 24 de agosto de 2015.
36. Cabe indicar que, aun cuando la norma antes citada facultaba al Regulador a continuar con el procedimiento de revisión tarifaria, la Gerencia General, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 60 del RETA³, dispuso la realización de actuaciones complementarias a efectos de que la GRE requiera nuevamente a la APN su propuesta tarifaria, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.1 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional y el artículo 59 literal b) de su Reglamento. Dicha decisión, fue tomada por la Gerencia General considerando que la sentencia judicial que originó la emisión de una nueva resolución tarifaria debía ser acatada en virtud de lo establecido en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, según el cual toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales.



³ **Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN**

"Artículo 60.- Actuaciones Complementarias

En el caso que la Gerencia General o el Consejo Directivo observe el Informe de la Gerencia de Regulación o la naturaleza del procedimiento exija la realización de actuaciones complementarias, por considerarse indispensables para que el Consejo Directivo cuente con los elementos de juicio necesarios para aprobar la Resolución correspondiente, podrán requerir a la Gerencia de Regulación la ejecución de dichas actuaciones complementarias y la ampliación del informe, en un plazo no mayor de quince (15) Días, contados desde la fecha en que se requiere dicha ampliación a la Gerencia de Regulación."



37. Siendo ello así, la Gerencia General de OSITRAN reiteró a la APN el requerimiento para que, tal como se le solicitó mediante el Oficio N° 541-14-GG-OSITRAN, cumpla con remitir su propuesta tarifaria de los servicios que brinda ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo. Luego de diversas solicitudes de ampliación de plazo, la APN remitió a OSITRAN su propuesta tarifaria para los terminales portuarios de Salaverry e Ilo, a través del Oficio N° 947-2015-APN/GG-DIPLA, recibido el 12 de noviembre de 2015, complementado con el Oficio N° 974-2015-APN/GG-DIPLA del 20 de noviembre de 2015.
38. Continuando con el procedimiento de revisión tarifaria establecido en el RETA⁴ de OSITRAN, y contando con el pronunciamiento de la APN, mediante Nota N° 080-2015-GRE-OSITRAN, de fecha 25 de noviembre de 2015, la GRE volvió a presentar la "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo," la cual incluía el análisis de la propuesta de la APN, a la Gerencia General, órgano que a su vez lo remitió al Consejo Directivo de OSITRAN para su consideración. Después de ello, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución N° 068-2015-CD-OSITRAN, de fecha 30 de noviembre de 2015, dispuso la publicación de la mencionada propuesta en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de OSITRAN.
39. Tal como puede observarse, la "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios brindados en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo" que sustentó la referida Resolución, fue elevado a la Alta Dirección de OSITRAN el 25 de noviembre de 2015, propuesta que fue aprobada el 30 de noviembre de 2015 por el Consejo Directivo del Regulador. En tal sentido, ambos hechos, la elaboración de la

⁴ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN

"Artículo 56.- Evaluación de la propuesta tarifaria

La Gerencia de Regulación contará con un plazo no mayor de sesenta (60) Días, excepcionalmente prorrogables por un periodo máximo de treinta (30) Días adicionales, para presentar ante la Gerencia General la propuesta tarifaria adjuntando la información a que se refiere el Artículo 43.

En un plazo de cinco (05) Días, la Gerencia General evaluará el referido informe y en el caso de otorgar su conformidad lo someterá a consideración del Consejo Directivo, quien dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que tome conocimiento del referido informe y de no tener observaciones aprobará la publicación de la propuesta tarifaria.

Artículo 57.- Presentación de comentarios a la propuesta tarifaria

Los interesados contarán con un plazo no menor de quince (15) Días ni mayor de treinta (30) Días, contados a partir de la publicación de la propuesta tarifaria, para efectos de presentar al OSITRAN sus comentarios, observaciones o aportes."

Artículo 59.- Aprobación de la propuesta de fijación, revisión y desregulación tarifaria

La Gerencia de Regulación contará con un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo de presentación de comentarios de los interesados, para presentar a la Gerencia General el Informe que sustente las Tarifas Máximas relativas al procedimiento de Fijación, Revisión Tarifaria o Desregulación, así como la exposición de motivos, la matriz de comentarios hechos por los interesados y el proyecto de Resolución correspondiente.

En un plazo de cinco (5) Días, la Gerencia General evaluará el referido informe y en el caso de otorgar su conformidad, lo someterá a consideración del Consejo Directivo. En caso la Gerencia General presentara observaciones al informe, lo remitirá a la Gerencia de Regulación y señalará un plazo para su subsanación.

El Consejo Directivo contará con un plazo máximo de quince (15) Días, contados a partir de la fecha en que tome conocimiento del Informe de la Gerencia de Regulación, para dar su conformidad u observar dicho informe y emitir la correspondiente Resolución tarifaria. En caso de tener observaciones al informe, el Consejo Directivo lo remitirá a la Gerencia General y establecerá el plazo para responder a dichas observaciones."

propuesta tarifaria del Regulador y su aprobación, fueron realizados con posterioridad a la recepción por parte del Regulador de la propuesta tarifaria de la APN acontecida el 12 de noviembre de 2015.

40. Por lo expuesto, se observa que lo señalado por ENAPU respecto a que la propuesta de la APN fue remitida a OSITRAN después que éste había realizado los estudios correspondientes y de presentado al Consejo Directivo la propuesta tarifaria del Regulador, debe ser desestimado, en tanto de la documentación del expediente administrativo se advierte que la elaboración de la propuesta tarifaria del Regulador y los documentos que la sustentan, se realizaron después de recibida la propuesta tarifaria de la APN, propuesta esta última que, como se verá seguidamente, sí fue tomada en cuenta durante el procedimiento de revisión tarifaria.

III.3.3 Sobre el hecho que el Regulador no tomó en cuenta la propuesta de la APN

41. De otro lado, ENAPU señala que OSITRAN no tomó en cuenta la propuesta remitida por la APN en lo que respecta a la metodología a utilizar y a la recomendación de mantener las tarifas vigentes. Sobre ello, indica que no existen razones para que OSITRAN no haya tomado en cuenta dicha propuesta, señalando que si OSITRAN no consideraba como viable la propuesta debió motivar adecuadamente su pronunciamiento; indicando que de la falta de motivación por parte de OSITRAN se concluye que la resolución deba ser dejada sin efecto
42. Respecto a este punto, en primer lugar, es necesario dejar en claro que el marco normativo vigente no obliga al Regulador a hacer suya o a coincidir total o parcialmente con la propuesta tarifaria que remita la APN. Lo señalado se desprende de lo establecido en el artículo 13.1 de la Ley del Sistema Portuario Nacional⁵, Ley N° 27943, y el artículo 59 del Reglamento del Sistema Portuario Nacional⁶, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, que prescriben que el Regulador es el que determina el régimen tarifario contando con la propuesta de la APN, señalando además, que si la APN no presenta su



⁵ Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943

"Artículo 13. - Tarifas portuarias

13.1 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, está sujeta al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y/o de las Autoridades Portuarias Regionales, según la delegación de facultades señalada en el artículo 21.2 de la presente Ley. Los administradores portuarios pueden presentar sus propuestas tarifarias de acuerdo a lo señalado en el artículo 21.2 de la presente Ley".

⁶ Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, Decreto Supremo N° 003-2004-MTC

"Artículo 59. - En relación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, se aplican las siguientes disposiciones:

(...)

b. En los casos de revisión total o parcial de tarifas en la utilización de bienes, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley, podrán remitir su propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional, quien deberá pronunciarse dentro de un plazo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que OSITRAN considere necesaria una revisión total o parcial de tarifas, deberá solicitar una propuesta de régimen tarifario a la Autoridad Portuaria Nacional, quien deberá presentarla dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio podrá establecer el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

c. Todas las propuestas de régimen tarifario, deberán efectuarse de acuerdo al procedimiento que para tal efecto establezca OSITRAN de acuerdo con la Ley N° 27838".



propuesta tarifaria, OSITRAN puede de oficio establecer el régimen tarifario correspondiente.

43. En adición a lo anterior, como se indicó, la sentencia emitida por el Poder Judicial ordenó al Regulador emitir una nueva resolución tarifaria, pero contando esta vez con la propuesta tarifaria de la APN. Cabe señalar que en dicha sentencia, el Poder Judicial no ha indicado que OSITRAN deba ceñirse o coincidir con la propuesta de la APN, ni se ha pronunciado sobre otros aspectos de la revisión tarifaria, como por ejemplo, la metodología a ser utilizada por el Regulador.
44. Por lo expuesto, ni la norma antes señalada, ni la sentencia del Poder Judicial, establecen que la propuesta de la APN sea vinculante para el Regulador. Esto resulta acorde con la LPAG⁷, en cuyo artículo 171.2 señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes. En tal sentido, OSITRAN no se encuentra condicionado a emitir su propuesta tarifaria ciñéndose a la evaluación previa efectuada por la APN, ya que ésta no es vinculante para el Regulador.
45. Finalmente, es necesario señalar que el ejercicio de las funciones legalmente asignadas al Regulador, entre ellas, la función regulatoria recogida en el literal b) del numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, y en el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, no puede ser condicionada ni dejada sin efecto por una sentencia judicial, en tanto OSITRAN posee autonomía técnica, conforme a lo señalado en el artículo 2º de la Ley N° 27332.
46. No obstante lo señalado en el párrafo anterior, es importante indicar que la propuesta tarifaria remitida por la APN sí fue merituada y tomada en cuenta como un elemento de juicio adicional a fin de que el Regulador emita su resolución tarifaria.
47. En ese sentido, en lo que respecta a la metodología aplicada por la APN, esta entidad utilizó una metodología que denominaron Tasa de Retorno, mientras que el Regulador recurrió a la metodología de "Costos Totalmente Distribuidos" (CTD) y flujo de caja descontado, de tal forma que el Valor Actual Neto (VAN) sea igual a cero, asegurándose la sostenibilidad de la oferta de los servicios en cuestión y evitando la existencia de beneficios económicos excedentes.
48. Cabe indicar que, contrariamente a lo que señala el recurrente, **ambas metodologías son similares**, dado que utilizan la información proporcionada en los reportes de Contabilidad Regulatoria de ENAPU y lo que buscan es la sostenibilidad económica-financiera de la empresa, en este caso de ENAPU.
49. De otro lado, en lo relativo a la propuesta de la APN de mantener las tarifas vigentes que cobra ENAPU en los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, el Regulador ciertamente no se encontró de acuerdo con dicho planteamiento. La razón de ello se encuentra en la sección VIII del estudio tarifario elaborado por la GRE. En dicha sección, luego de analizar la propuesta tarifaria de la APN, se concluyó que desde el punto de vista técnico, las tarifas propuestas por dicha entidad no son atendibles dado que el Directorio de la APN:

⁷ Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

"Artículo 171.- Presunción de la calidad de los informes

(...)

171.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley".

(i) desestimó la propuesta tarifaria elaborada por los órganos técnicos de la institución y
(ii) en la documentación remitida al Regulador la recomendación del Directorio de la APN de mantener el tarifario vigente carece de sustento técnico, metodológico y de viabilidad financiera.

50. En efecto, en su propuesta la APN luego de realizar su evaluación y aplicar la metodología antes mencionada, determinó técnicamente que correspondía realizar una reducción de tarifas para el TP de Salaverry de 34% y para Ilo, de 43%.
51. No obstante ello, la APN también indica que PROINVERSION está desarrollando el proceso de evaluación y promoción de Iniciativas Privadas de los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, encontrándose ambas en la etapa de análisis financiero. Este análisis, de acuerdo a lo indicado por la APN, involucra una serie de nuevas inversiones, así como un nuevo esquema de servicios integrados (diferente al esquema actual de ENAPU). El resultado de ello, según lo señalado por dicha entidad, es que el nuevo esquema de servicios y el nuevo cronograma de inversiones den como resultado un nuevo esquema tarifario, que incluso podría suponer un incremento tarifario.
52. En razón de lo anterior, la APN, contrariamente a lo que propone técnicamente, optó por mantener las tarifas vigentes, dado que una rebaja de tarifas ahora y un posterior incremento de tarifas al momento de implementar los proyectos de infraestructura, podría generar un fuerte rechazo social y dudas respecto a la calidad de los proyectos.
53. Como puede apreciarse, la propuesta de la APN de mantener las tarifas devino no de un análisis técnico económico, sino de una evaluación coyuntural que responde al desarrollo de iniciativas privadas que a la fecha se encuentran en evaluación en Proinversión. En otras palabras, la decisión de la APN de mantener las tarifas vigentes y rechazar su propia propuesta técnica, lejos de sustentarse en una de las metodologías contempladas en el RETA⁸, se fundamentó únicamente en que en el corto plazo podrían adjudicarse las iniciativas privadas de los Terminales portuarios de Ilo y Salaverry.
54. Por las razones antes indicadas, el Regulador se apartó de la propuesta tarifaria de la APN toda vez que, como quedó indicado en la sección VIII del estudio tarifario elaborado por la GRE, la misma carecía de sustento técnico, metodológico y viabilidad financiera. Ello además de que, dicha propuesta evidenciaba una contraposición entre los resultados de la evaluación técnica efectuada por la APN, que concluyó que correspondía efectuar una reducción de las tarifas y la recomendación final de la APN que propuso mantener el régimen tarifario vigente.
55. Por todo lo expuesto, ni el marco normativo vigente, ni la sentencia de Poder Judicial indican que OSITRAN tenga que ceñirse a la propuesta tarifaria presentada por la APN. No obstante ello, contrariamente a lo que señala ENAPU, OSITRAN sí evaluó dicha propuesta, habiendo indicado y motivado que la recomendación de mantener las tarifas vigentes de los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, carecía de un sustento adecuado.

III.3.4. Respecto al argumento de que OSITRAN habría realizado una interpretación del Oficio N° 025-2012-ENAPU S.A/GC

⁸ El RETA establece que las propuestas de revisión tarifaria deben utilizar una de las siguientes metodologías: costos incrementales, costo marginal de largo plazo, costos totalmente distribuidos, disposición a pagar, benchmarking, empresa modelo eficiente y costo del servicio.

56. Sobre este punto, ENAPU señala que OSITRAN ha aprobado las tarifas sobre la base de una interpretación tergiversada de las pruebas, ya que OSITRAN habría entendido que ENAPU solicitó el cambio de signo monetario de las tarifas de dólares americanos a soles, sin que exista una solicitud en tal sentido, ni sustento técnico respecto a ello.

57. Al respecto, debe indicarse que los motivos por los cuales el Regulador optó por fijar las tarifas en soles se encuentran en la sección XVII del Estudio Tarifario elaborado por la GRE, siendo dichas razones las siguientes:

- Mediante Carta N° 025-2012- ENAPU S.A/GC, ENAPU solicitó que el Regulador le precise si existía una disposición formal que les impidiera cambiar el tarifario de dólares americanos a soles, debido que las proyecciones del tipo de cambio se preveían a la baja en el corto y mediano plazo.
- Mediante Oficio N° 043-12-GRE-OSITRAN, el Regulador le comunicó a ENAPU que, como las tarifas estaban establecidas en dólares, cualquier propuesta de cambio debería efectuarse en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria.
- En el horizonte del flujo de caja analizado (2015-2019), ENAPU no tiene previsto realizar inversiones relacionadas a los servicios analizados.
- Dado que ENAPU no tiene proyectado realizar inversiones en los puertos analizados, los terminales portuarios afrontan sus costos y gastos en soles. En el 2014, los costos y gastos relacionados a los servicios bajo análisis en el Terminal Portuario de Salaverry ascendieron a S/ 10 millones y en el Terminal Portuario de Ilo fueron de S/. 2 millones.
- Cómo se aprecia en los Estados Financieros de ENAPU del año 2014, la empresa señala que no cuenta con mecanismos de cobertura al riesgo de tipo de cambio, motivado por la reducción de sus pasivos y activos en moneda extranjera, a niveles cercanos al 5%.
- Utilizar la información proporcionada por ENAPU denominada en soles y convertir ésta a dólares para determinar tarifas en dólares, puede generar grandes distorsiones en los niveles tarifarios debido a la variación del tipo de cambio. Así por ejemplo, en la propuesta financiera desarrollada por la APN, el utilizar un flujo de caja en dólares, con información en soles, resultaba en una variación de -34% y -43% para las tarifas en el TPS y el TPI, respectivamente. Esta situación podría afectar la sostenibilidad de los terminales portuarios analizados.

58. Teniendo en cuenta ello, se observa que contrariamente a lo señalado por ENAPU el cambio de signo monetario de las tarifas de dólares americanos a soles, no se debió a una inadecuada interpretación de las pruebas por parte OSITRAN, sino que se realizó debido a los criterios técnicos antes expuestos. En ese sentido, el argumento de ENAPU en este extremo debe ser desestimado, en tanto carece de sustento.

III.4. Respecto a la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN

59. En su recurso de reconsideración, ENAPU ha presentado una solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, conforme a lo establecido en el artículo 216 de la LPAG, sobre la base de los siguientes argumentos:

- La ejecución de la Resolución les causaría perjuicio económico y financiero, debido a que los obligaría a reducir sus ingresos proyectados lo cual afectaría su estabilidad financiera.

- De aplicarse la resolución, y en caso el Poder Judicial declare fundada la demanda contencioso – administrativa que interpondrían, sería imposible recuperar los importes no pagados como resultado de la ejecución de la Resolución.
- Dado que ENAPU es una empresa del estado, el perjuicio al interés público se equipararía al que se causaría a ENAPU.

60. Respecto de la suspensión de la ejecución, el artículo 216 de la LPAG señala lo siguiente:

"Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.*

*216.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.
(...)".*

61. En relación a la solicitud presentada por ENAPU, debe indicarse que la presentación del recurso de reconsideración materia del presente informe o de cualquier otro recurso, no suspende la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN que fijó las Tarifas Máximas de los Servicios bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, conforme a lo señalado por el artículo 216.1 de la LPAG. Esto guarda relación con el artículo 192 de la LPAG⁹ que establece que los actos administrativos tienen carácter ejecutorio.
62. Ahora bien, es preciso recalcar que de conformidad con el artículo 216.2. de la LPAG, la suspensión de la ejecución de la resolución es facultativa de la autoridad a quien compete resolver el recurso, en el presente caso, es el Consejo Directivo de OSITRAN.
63. En lo concerniente a las causales de suspensión, el artículo 216.2. de la LPAG señala que ésta se podrá otorgar cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente. En el presente caso, ENAPU ha indicado que la causal que justificaría la suspensión sería que la ejecución de la resolución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
64. Siendo así, y conforme a lo señalado por el artículo 216.3. de la LPAG, a efectos de evaluar la suspensión solicitada por ENAPU, debe realizarse una ponderación entre el perjuicio

⁹ Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

Artículo 192.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

que causaría al interés público o a terceros la suspensión del acto administrativo y el perjuicio que causaría a ENAPU la eficacia inmediata del acto recurrido.

65. Previamente a dicho análisis, es preciso señalar que ENAPU no hace referencia cuál de las tarifas fijadas por el Regulador le causarían dicho menoscabo. Sin perjuicio de ello, y teniendo en consideración que las tarifas fijadas por el Regulador para el Terminal Portuario de Ilo implican un incremento de las tarifas de aproximadamente 3,5%, mientras que para el Terminal Portuario de Salaverry se ha previsto una reducción de las tarifas aproximada de 3%, podemos colegir que ENAPU se refiere a que las tarifas fijadas para el Terminal Portuario de Salaverry son las que le causarían un perjuicio.
66. Dicho lo anterior, en primer orden debe analizarse si la suspensión del acto administrativo emitido por el Regulador podría acarrear una afectación al interés público. Para ello es necesario tener en cuenta qué entiende el Tribunal Constitucional por interés público:

EXP. N.º 0090-2004-AA/TC (Fundamento y 11)

"11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.

(...) "

67. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, el interés público equivale al interés general de la comunidad, entendido como un bien común de la sociedad en

general, y no con el interés del Estado en sí mismo. Estando a ello, lo argumentado por ENAPU, quien afirma que dado dicha empresa es una entidad pública y que por tanto el interés público se equipararía al interés propio de la empresa, no resulta correcto, toda vez que ello no concuerda con la definición de interés público esbozada.

68. Ahora bien, desde la perspectiva de los usuarios del terminal portuario de Salaverry, resulta claro que la suspensión del acto administrativo cuestionado sí los afectaría. En efecto, la suspensión de la resolución tarifaria implicaría que los usuarios del puerto no puedan acceder a menores tarifas por los servicios portuarios prestados por ENAPU, pese a que el Regulador ha emitido una Resolución que determina la reducción de las mismas.
69. De otro lado, en línea con lo establecido en el numeral 216.3 del artículo 216 de la LPAG corresponde analizar el perjuicio que causa al impugnante la eficacia de acto cuestionado. Sobre ello, debe mencionarse que para efectos de asegurar la sostenibilidad de la oferta de los servicios analizados, OSITRAN elaboró un flujo de caja descontado, con lo cual se buscaba tarifas con las que se obtenga un Valor Actual Neto (VAN) igual a cero, lo cual se logró con las tarifas fijadas por el Regulador. De esta manera, con esta metodología se garantiza que ENAPU pueda cubrir sus costos de operación y mantenimiento (estimados según los reportes de contabilidad regulatoria en S/. 10 millones y S/. 2 millones anuales en el TPS y TPI, respectivamente), mantener un margen de beneficios razonables y evitar la existencia de beneficios económicos excedentes.
70. Siendo así, conforme a la estimación realizada por el Regulador se evidencia que la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN no afecta la estabilidad y viabilidad financiera de los puertos de Salaverry e Ilo, a cargo de ENAPU.
71. En consecuencia, efectuando una ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público, que implica que los usuarios no podrían verse beneficiados por la reducción de las tarifas aprobadas por el Regulador, y el perjuicio al que alude el recurrente, se advierte que en el presente caso no corresponde suspender la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, por cuanto la misma no causa perjuicio económico o financiero a ENAPU, pudiendo afectar la eventual suspensión a los usuarios del terminal portuario quienes se verían impedidos de acceder a menores tarifas. Siendo ello así, corresponde declarar improcedente la solicitud de suspensión presentada por ENAPU.

IV. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

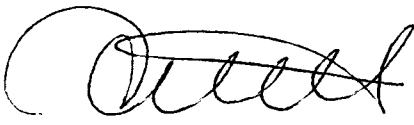
72. El recurso de reconsideración interpuesto por ENAPU consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG.
73. Aun cuando el artículo 62 del RETA se refiere a información que debe ser presentada por Entidades Prestadoras, calidad que la APN no ostenta, de la revisión efectuada a la propuesta tarifaria presentada por dicha entidad, se advierte que ésta contenía información suficiente que permitía su evaluación por parte del OSITRAN, información que coincide con las exigencias previstas en el referido artículo del RETA.
74. De la documentación obrante en el expediente administrativo se advierte que la elaboración de la propuesta tarifaria del Regulador y sus documentos sustentatorios, se realizaron después de recibida la propuesta tarifaria de la APN.

75. Ni el marco normativo vigente, ni la sentencia del Poder Judicial indican que OSITRAN tenga que ceñirse a la propuesta tarifaria presentada por la APN, toda vez que ello implicaría condicionar el ejercicio de las competencias legalmente asignadas al Regulador. No obstante ello, contrariamente a lo que señala ENAPU, OSITRAN sí evaluó dicha propuesta, habiendo indicado y motivado que la recomendación de mantener las tarifas vigentes de los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, carecía de un sustento adecuado.
76. El cambio de signo monetario de las tarifas de dólares americanos a soles aprobadas por OSITRAN, se realizó a partir de criterios técnicos.
77. Por las razones antes expuestas, los argumentos esgrimidos por ENAPU en su recurso de reconsideración carecen de fundamento, por lo que se concluye que la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN se emitió en estricto cumplimiento de la Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente N° 1975-2011, cumpliendo además las reglas y procedimientos previstos en la Ley del Sistema Portuario Nacional, su reglamento y el RETA.
78. Corresponde declarar improcedente la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, presentada por ENAPU.

V. RECOMENDACIONES

79. Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo del OSITRAN:
- a) Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por ENAPU S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN.
 - b) Declarar improcedente la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, presentada por dicha empresa.


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Reg. Sal. 13189-16

**OSITRAN
GERENCIA GENERAL**

PROVEIDO N°: 1098-2016-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA 14/04/16

18



RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de abril de 2016

Nº xx-2016-CD-OSITRAN

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante, ENAPU) contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 003-2016-CD-OSITRAN y el Informe Nº 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN elaborado conjuntamente por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley Nº 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función Reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el artículo 2º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17º del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, mediante Resolución Nº 043-2004-CD/OSITRAN y sus modificaciones se aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), el cual establece la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará OSITRAN cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte;

Que, el 23 de julio de 2004 mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 031-2004-CD/OSITRAN el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la nueva estructura y niveles tarifarios aplicables a los servicios que ofrecía ENAPU;

Que, mediante Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente Nº 1975-2011, la Corte Suprema del Poder Judicial declaró nula la Resolución Nº 031-2004-CD/OSITRAN, alegando que OSITRAN emitió el referido acto administrativo sin haber contado con la propuesta tarifaria de la Autoridad Portuaria Nacional (APN);

Que, conforme a lo dispuesto por el Poder Judicial, el 30 de diciembre de 2014, OSITRAN solicitó a la APN, que presente su propuesta de régimen tarifario para los servicios que presta ENAPU S.A. bajo régimen de regulación. No obstante, el 24 de abril de 2015, la APN comunicó a OSITRAN su decisión de abstenerse de emitir un pronunciamiento respecto a dicha solicitud;



Que, mediante la Nota N° 055-2015-GRE-OSITRAN, de fecha 24 de agosto de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General los siguientes documentos: Proyecto de Resolución que autoriza la Prepublicación de la Propuesta Tarifaria, Proyecto de Resolución de la Revisión Tarifaria, Exposición de Motivos, Relación de Documentos que sustentan la Propuesta e Informe Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU;

Que, mediante proveído N° 2379-2015-GG de fecha 31 de agosto de 2015, consignado en la Nota N° 055-2015-GRE-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN, en virtud del artículo 60 del RETA, consideró necesario realizar actuaciones complementarias, por lo que solicitó que se requiera nuevamente a la APN su propuesta tarifaria en concordancia con lo establecido en el artículo 13.1 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) y el artículo 59 literal b) de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, y sus modificatorias;

Que, a través del Oficio N° 238-15-GG-OSITRAN recibido el 22 de setiembre de 2015, OSITRAN reiteró a la APN que cumpla con remitir a este Organismo Regulador su propuesta tarifaria de los servicios que brinda ENAPU bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, otorgándosele para ello un plazo de quince (15) días hábiles;

Que, mediante el Oficio N° 861-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 15 de octubre de 2015, la APN solicitó a OSITRAN, ampliar en quince (15) días hábiles adicionales el plazo para la presentación de la propuesta tarifaria en cuestión;

Que, mediante el Oficio N° 278-2015-GG-OSITRAN recibido el 27 de octubre de 2015, la Gerencia General de OSITRAN, otorgó el plazo solicitado por la APN, con lo cual el nuevo plazo para la presentación de la propuesta tarifaria vencía el 5 de noviembre de 2015;

Que, mediante el Oficio N° 914-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 03 de noviembre, la APN solicitó una prórroga adicional, la cual fue concedida a través del Oficio N° 300-2015-GG-OSITRAN del 09 de noviembre de 2015;

Que, mediante Oficio N° 947-2015-APN/GG-DIPLA recibido el 12 de noviembre, la APN remitió a OSITRAN el Informe Técnico Legal N° 094-2015-APN/DIPLA/UAJ que sustenta su propuesta tarifaria para los terminales portuarios de Salaverry e Ilo. Adicionalmente, mediante el Oficio N° 131-15-GRE-OSITRAN del 18 de noviembre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN, solicitó a la APN la separata que contiene el análisis y la propuesta de régimen tarifario, según lo indicado en el Informe N° 094-2015-APN/DIPLA/UAJ. Esta solicitud fue atendida por la APN, a través del Oficio N° 974-2015-APN/GG-DIPLA del 20 de noviembre de 2015;

Que, mediante Nota N° 080-2015-GRE-OSITRAN, de fecha 25 de noviembre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió nuevamente a la Gerencia General una "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo", a fin de que dicho órgano la ponga en consideración del Consejo Directivo;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 068-2015-CD-OSITRAN, de fecha 30 de noviembre de 2015, se dispuso la publicación de la "Propuesta de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo" en el diario oficial El Peruano y en el Portal Institucional de OSITRAN. Asimismo, se encargó la convocatoria a la Audiencia Pública y se otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios o sugerencias a la propuesta del Regulador;



Que, el 04 de diciembre del 2015, la propuesta tarifaria del Regulador fue publicada en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, el 15 de diciembre de 2015, mediante publicación en el mismo medio de comunicación, el OSITRAN convocó a las Audiencias Públicas para la presentación de las propuestas de revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU, que se realizaron en las ciudades de Trujillo e Ilo, los días 12 y 15 de enero del 2016, respectivamente;

Que, el 09 de febrero de 2016, mediante Nota N° 011-16-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General del OSITRAN el "Informe que Sustenta las Tarifas Máximas para los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo a cargo de ENAPU", la propuesta de Resolución del Consejo Directivo por la que se aprueba la Propuesta Tarifaria y la Exposición de Motivos de la misma;

Que, el 15 de febrero de 2016, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN mediante la que resolvió determinar las Tarifas Máximas de los Servicios de la Empresa Nacional de Puertos bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo, la cual fue notificada a ENAPU el 18 de febrero de 2016, mediante Oficio Circular N° 007-16-SCD-OSITRAN;

Que, con fecha 08 de marzo de 2016, ENAPU interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución del Consejo Directivo N° 003-2016-CD-OSITRAN;

Que, mediante Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 14 de abril de 2016, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se analizó recurso de reconsideración interpuesto por ENAPU, recomendándose que se declare infundado, entre otras, por las siguientes consideraciones:

- Contrariamente a lo señalado por ENAPU, respecto a que la propuesta presentada por la APN no puede ser considerada como propuesta tarifaria ya que no cumple con lo establecido en el artículo 62° del RETA; se advierte que aun cuando el referido artículo se refiere a información que debe ser presentada por Entidades Prestadoras, calidad que la APN no ostenta, de la revisión efectuada a la propuesta tarifaria presentada por dicha entidad, se advierte que ésta contenía información suficiente que permitía su evaluación por parte del OSITRAN, información que coincide con las exigencias previstas en el referido artículo del RETA.
- De la documentación obrante en el expediente administrativo se advierte que la elaboración de la propuesta tarifaria del Regulador y sus documentos sustentatorios, se realizaron después de recibida la propuesta tarifaria de la APN.
- Ni el marco normativo vigente, ni la sentencia del Poder Judicial indican que OSITRAN tenga que ceñirse a la propuesta tarifaria presentada por la APN, toda vez que ello implicaría condicionar el ejercicio de las competencias legalmente asignadas al Regulador. No obstante ello, contrariamente a lo que señala ENAPU, OSITRAN sí evaluó dicha propuesta, habiendo indicado y motivado que la recomendación de mantener las tarifas vigentes de los terminales portuarios de Ilo y Salaverry, carecía de un sustento adecuado.
- El cambio de signo monetario de las tarifas de dólares americanos a soles aprobadas por OSITRAN, se realizó a partir de criterios técnicos, los cuales fueron señalados en el informe que sustento la resolución impugnada.



- Los argumentos esgrimidos por ENAPU en su recurso de reconsideración carecen de fundamento, por lo que se concluye que la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN se emitió en estricto cumplimiento de la Sentencia de Casación de fecha 14 de mayo de 2013 dictada en el Expediente N° 1975-2011, cumpliendo además las reglas y procedimientos previstos en la Ley del Sistema Portuario Nacional, su reglamento y el RETA de OSITRAN.
- Adicionalmente, respecto de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN presentada por ENAPU junto con su Recurso de Reconsideración, corresponde declararla improcedente.

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo expresa su conformidad con el Informe de vistos, el cual lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa formando parte del sustento y motivación de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 583-16-CD-OSITRAN y sobre la base del Informe N° 009-2016-GRE-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa Nacional de Puertos S.A. contra la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, mediante la cual se aprobaron las tarifas máximas de los servicios brindados por la referida empresa, que se encuentran bajo régimen de regulación en los Terminales Portuarios de Salaverry e Ilo.

Artículo 2°.- Declarar improcedente la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución N° 003-2016-CD-OSITRAN, presentada por la Empresa Nacional de Puertos S.A.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN a la Empresa Nacional de Puertos S.A., dándose por agotada la vía administrativa. Asimismo, notificar la presente Resolución y el Informe que la sustenta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe N° 009-16-GRE-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

