

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 044-2004-CD/OSITRAN

Lima, 23 de setiembre de 2004

ENTIDAD PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS – ENAPU S.A.

SECTOR : Infraestructura Portuaria de Uso Público

MATERIA : Impugnación de la Resolución Consejo Directivo Nº 031-2004-CD/OSITRAN

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS: El escrito presentado el 20 de agosto del presente año, mediante el cual la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU S.A. interpone recurso de apelación en contra de Resolución de Consejo Directivo Nº 031-2004-CD/OSITRAN, solicitando se declare la nulidad de dicha resolución; y, el Informe conjunto Nº 011-04-GAL-GRE-OSITRAN, mediante el cual se analiza los términos de la impugnación presentada;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Mediante la Resolución Nº 001-99-CD-OSITRAN del 10 de mayo de 1999, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó la estructura y niveles tarifarios máximos para los servicios sujetos a regulación que presta la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU).
2. El 14 de septiembre de 2002 el Consejo Directivo de OSITRAN recomendó la elaboración de un estudio comparativo de tarifas portuarias de los terminales portuarios bajo la administración de ENAPU.
3. Como resultado del estudio solicitado, con fecha 23 de mayo de 2002 y mediante Acuerdo Nº 286-92-02-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo acordó revisar de oficio las tarifas reguladas de los terminales portuarios administrados por ENAPU, fijadas mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 001-99-CD-OSITRAN.
3. Para llevar a cabo el estudio de revisión tarifaria ha sido necesario recolectar, procesar y analizar la información, así como disponer de los informes de consultorías contratados por el Banco Mundial, con relación al tráfico, a los modelos financieros y a los costos de los servicios portuarios y su contabilidad regulatoria, los cuales estuvieron disponibles en octubre de 2002.
4. OSITRAN convocó a su comité Consultivo de Usuarios de Puertos, con el fin de exponer ante éstos la propuesta tarifaria y recibir las correspondientes observaciones y consultas.

En dicho Comité participaron la Asociación de Exportadores (ADEX), la Sociedad de Comercio Exterior del Perú (COMEX), la Cámara Nacional de Comercio, Producción y Servicios (CONUDFI), el Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física-Internacional de Mercancías (CONUDFI), la Asociación Marítima del Perú, la Asociación de Armadores, la Asociación de Agentes de Aduana y la Asociación Peruana de Agentes de Carga Internacional.

Las mencionadas sesiones del referido Comité Consultivo de usuarios, se llevaron a cabo los días 11 de abril, 23 de abril, 30 de abril, 07 de mayo, 21 de mayo y 18 de junio de 2003.

5. El 1º de marzo de 2003 se publicó la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), aprobada por la Ley N° 27943, que en la Vigésimo Segunda de sus Disposiciones Transitorias y Finales señala que los conceptos y tasas del Sistema Portuario Nacional, serán revisados por OSITRAN, *con participación* de la Autoridad Portuaria Nacional en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días de promulgada dicha Ley.
6. En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 27838 y en atención a la modificación procedimental establecida por la Ley del Sistema Portuario Nacional, OSITRAN procedió a publicar la información a que se refiere el Artículo 4º de la Ley N° 27838, estableciendo un plazo de 60 días para que los interesados remitan las observaciones que consideren pertinentes.
7. Al vencimiento del plazo establecido, se procedió a la absolución de las observaciones y a continuación, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 7º de la Ley N° 27838, se convocó a las correspondientes Audiencias Públicas Descentralizadas, las mismas que fueron realizadas con la participación de los interesados, quienes realizaron observaciones y aportes al proyecto presentado por OSITRAN.
8. El 4 de junio de 2004, en cumplimiento de la Vigésimo Segunda de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley del Sistema Portuario Nacional, aprobada por la Ley N° 27943, la Autoridad Portuaria Nacional emitió su pronunciamiento con relación al Estudio Tarifario de Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU Versión 4.0.
9. Tanto las observaciones formuladas con motivo de la publicación del proyecto, como las formuladas en las Audiencias Públicas Descentralizadas, así como las derivadas de la participación de la Autoridad Portuaria Nacional fueron debidamente evaluadas por OSITRAN, e incorporadas a la Resolución impugnada cuando éstas se consideraron aceptables y consistentes con el régimen legal vigente aplicable.
10. Mediante Resolución de Concejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN del 23 de julio del presente año, OSITRAN aprobó la nueva estructura y niveles tarifarios máximos aplicables a los servicios que ofrece ENAPU. Dicha resolución fue notificada a ENAPU el 27 de julio del presente año a través del Oficio N° 360-04-GG-OSITRAN y, adicionalmente, fue publicada el 28 de julio en el diario oficial "El Peruano".
11. Mediante escrito presentado el 20 de agosto del presente año, ENAPU interpone Recurso de Apelación en contra de Resolución de Concejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN, solicitando se declare su nulidad.

II. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO PRESENTADO:

1. Tal como se mencionó, ENAPU solicita la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN y, para tal efecto, interpone Recurso de Apelación en contra de dicha decisión.
2. Sin perjuicio del tipo de recurso impugnativo presentado, nuestro ordenamiento jurídico establece que las solicitudes de nulidad en la vía administrativa son planteadas a través de los recursos administrativos, tal como lo establece el artículo 11.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG.¹

En atención a lo anteriormente señalado, la admisibilidad y procedencia de la solicitud de ENAPU debe ser evaluada en función de las normas que regulan la presentación de recursos administrativos.

3. En cuanto al plazo de presentación, el artículo 207.2 de la LPAG establece que los recursos impugnativos deben ser interpuestos dentro del plazo de quince días a partir de su notificación.

En el presente caso y tal como se mencionó, la notificación a ENAPU se realizó el día 27 de julio del presente año de manera personal (Oficio N° 360-04-GG-OSITRAN) y el 28 de julio mediante publicación en el diario oficial El Peruano; en cualquiera de los dos supuestos de notificación el recurso impugnativo presentado el 20 de agosto del presente año ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para tal efecto.

4. En relación con la posibilidad de impugnar y, a través de tal mecanismo, para plantear la nulidad de la Resolución del Consejo Directivo, debe tenerse en cuenta que en la vía administrativa existe el principio de impugnación concentrada por medio del cual solamente puede ser objeto de recursos impugnativos aquellos actos que pongan fin a la instancia, los que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o causen indefensión, tal como se establece en el artículo 206.2 de la LPAG.²

En el presente caso, el acto por el cual se establecen el régimen tarifario de ENAPU, constituye la decisión de fondo y es la que pone fin a la instancia, motivo por el cual puede ser objeto de la interposición de recursos impugnativos.

III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Las razones por las que ENAPU solicita la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN son las siguientes:

¹ “**Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad**

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

(...)”

² “**Artículo 206.- Facultad de contradicción**

(...)”

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.(...)”

- a. Revisión tarifaria realizada de oficio por OSITRAN: Sobre este punto, ENAPU señala que OSITRAN no ha seguido el procedimiento establecido para la fijación tarifaria. Al respecto, afirma que de conformidad con lo establecido en la Ley del Sistema Portuario Nacional, el régimen tarifario es establecido por OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional, mientras que en el presente caso las tarifas máximas para los servicios que presta ENAPU fueron fijadas de oficio por el OSITRAN.
- b. Niveles tarifarios fijados: Sobre este punto, ENAPU señala que OSITRAN ha dispuesto la reducción de las tarifas por concepto de “uso de amarradero” y “uso de muelle” en el Terminal Portuario del Callao, favoreciendo a las navieras extranjeras y a los terminales de almacenamiento particulares. En este sentido, ENAPU pone en duda que dichas reducciones se reflejen en una disminución de fletes y de los montos a pagar por los usuarios finales (importadores y exportadores).

ENAPU cuestiona también que en el caso del Terminal Portuario de Ilo OSITRAN haya decidido, contradictoriamente, que se produzcan incrementos tarifarios. Al respecto, señala que de aplicarse estas tarifas, las naves con destino a este puerto atracarían en el muelle de la Southern o cambiarían su travesía para ir a los Puertos de Matarani o Arica, que compiten con Ilo.

- c. Exclusión de las deudas correspondientes a pensiones para el cálculo de las tarifas: Sobre este punto, ENAPU cuestiona que para la fijación de los niveles tarifarios por OSITRAN no se hayan incluido las deudas de dicha empresa por concepto del pago de pensiones. Al respecto señala que de esta manera se afecta la estabilidad de la empresa y no se siguen los lineamientos de política nacional consistentes en la necesidad de cumplir con el pago de este tipo de deudas.

Con el fin de analizar los términos de la impugnación presentada por ENAPU S.A., se analizará en primer lugar el marco constitucional y normativo dentro del cual OSITRAN cumple sus funciones, y ejerce sus competencias con relación a ENAPU S.A., así como el marco normativo dentro del cual ENAPU S.A. debe realizar sus actividades. En segundo lugar, se evaluarán los argumentos de ENAPU S.A. antes reseñados, los cuales sustentan su impugnación.

III.1 MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO QUE RIGE EL ACCIONAR DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y DE LOS ORGANISMOS REGULADORES:

- 1. La Constitución Política de 1993, consagra un régimen económico que está basado entre otras consideraciones en las siguientes:
 - a. La economía social de mercado es el sistema económico predominante.
 - b. El principio rector que legitima la intervención del Estado en la economía es el de la suplencia. Así, de acuerdo al rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado consagrado en el Artículo 60º, el Estado presta servicios públicos o realiza actividades económicas en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta. En tal virtud, la actividad empresarial; pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Ello implica que en materia de servicios públicos, el Estado actúa principalmente en las áreas orientando y promoviendo el desarrollo de los servicios públicos e infraestructura.

- c. En las actividades económicas prima el principio de libre iniciativa y concurrencia en el mercado, con el fin de lograr una competencia efectiva, en el que consumidores y usuarios estén protegidos y puedan elegir con información adecuada, y los agentes ofrecer productos y servicios libremente.
- d. El Estado debe facilitar y promover la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes en el mercado.

De acuerdo a ello, el Estado transfiere la prestación directa de los servicios y se orienta a garantizar la protección del sistema de libre concurrencia en el mercado y de protección de los consumidores.

- e. El Estado tiene el deber de defender el interés de los consumidores y de los usuarios.
2. En concordancia con los principios económicos constitucionales a que se ha hecho referencia anteriormente, el marco legal vigente establece los siguientes lineamientos rectores del rol del Estado y de la realización de actividades económicas, los cuales son relevantes para meritar la validez de los argumentos sostenidos por ENAPU S.A. en su escrito de Apelación:
- a. El Estado promueve las actividades necesarias para el desarrollo del comercio exterior e interior, incluyendo la infraestructura vial, de telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, almacenes y otros similares. Asegura asimismo la libre participación del sector privado a fin de generar la competencia requerida para la prestación más eficiente de tales servicios³.
 - b. Queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluyéndose aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Central, entidades públicas, (...) y por cualquier organismo o Institución del Estado⁴.
 - c. La libre competencia, garantizada por el Estado, implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. En tal virtud, los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.⁵
 - d. Cuando una misma actividad económica es realizada por el estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. En tal virtud, en ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.⁶

³ Artículo 3° del DL. N° 668.

⁴ Artículo 4° del D. L. N° 668.

⁵ Artículo 4° del DL. N° 757.

⁶ Artículo 7° del DL. N° 757.

3. Del mismo modo, con el fin de comprender la interrelación que debe existir entre los Organismos Reguladores como OSITRAN y las empresas sometidas a su competencia, como es el caso de ENAPU S.A., se debe considerar que el marco normativo vigente ha establecido un diseño institucional homogéneo para la regulación económica de ciertas actividades asociadas a la presencia de monopolios naturales. Ello ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos, servicios de saneamiento e infraestructura de transportes de uso público, a través de la existencia de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente.
4. Uno de los pilares conceptuales de dicho diseño institucional, es constituir agencias reguladoras, que sean independientes de los Ministerios, con el fin de blindarlas de una intervención política en la toma de sus decisiones, la misma que debe ser esencialmente técnica. Del mismo modo, se requiere que dichas agencias puedan realizar sus funciones de manera independiente a los conflictos de interés privados presentes en las actividades reguladas. En ese sentido, la Ley Marco de los Organismos Reguladores y normas complementarias y modificatorias, precisamente contienen diferentes mecanismos para afianzar la independencia de estos organismos, con los cuales no cuentan otros entes de la Administración Pública.
5. De este modo, en materia de infraestructura de transportes de uso público, existe un diseño institucional que diferencia las funciones y roles de los actores públicos. En este escenario, compete a los organismos sectoriales, es decir, a los Ministerios, establecer las políticas sectoriales, planes nacionales de desarrollo de las actividades productivas y emitir la normativa técnica sectorial a su cargo. Así mismo, la actividad de regulación económica de las entidades prestadoras vinculadas a la infraestructura de transporte de uso público compete a la agencia reguladora independiente, en este caso a OSITRAN.
6. OSITRAN fue creado por Ley N° 26917 - en adelante Ley de OSITRAN, como organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público y con plena autonomía. De acuerdo con el Reglamento General de OSITRAN, este organismo tiene el mandato legal de actuar técnicamente y sobre la base de principios claros y definidos en dicha Ley, como son el principio de libre acceso a la prestación de servicios y a la infraestructura, fomento y preservación de la competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público, promoción de la cobertura y calidad de la infraestructura, transparencia, eficiencia y efectividad, entre otras pautas claras de actuación establecidas en dicha normativa.
7. La misión del OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas y privadas (denominadas Entidades Prestadoras en la Ley de OSITRAN), que se dedican a la explotación de la "infraestructura de transporte de uso público". Es decir, puertos, aeropuertos, estaciones y vías férreas, carreteras, entre otros tipos de infraestructura de transporte de uso público.

Mediante la regulación del comportamiento de las Entidades Prestadoras en el mercado, y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas de éstas, OSITRAN protege los derechos de los usuarios de dichas infraestructuras y fomenta la eficiente utilización de ésta. Ello sin dejar de cautelar los intereses de Estado y de las entidades prestadoras.

8. La Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU, es una Entidad Prestadora claramente sometida al ámbito de competencia de OSITRAN, de conformidad con la Ley N° 26917 - Ley de creación de OSITRAN, Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Supervisores de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Ley N° 27943 - Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN).

Uno de los principales objetivos que otorga la ley N° 26917 a OSITRAN, es fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados *u operadores estatales*, **en beneficio de los usuarios**. Ello sin dejar de cautelar los intereses de Estado y de las Entidades Prestadoras.

III.2 REVISIÓN TARIFARIA REALIZADA DE OFICIO POR OSITRAN:

Con relación al argumento de ENAPU, en el sentido que el procedimiento administrativo de revisión tarifaria iniciado de oficio por OSITRAN, incumple con el procedimiento establecido en la LSPN y se ha llevado a cabo cuando el organismo regulador ya no contaba con funciones para ello, es necesario tomar en cuenta lo siguiente:

A. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LSPN Y SU REGLAMENTO AL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN TARIFARIA INICIADO DE OFICIO POR OSITRAN:

1. OSITRAN es el órgano competente, entre otras cosas, para fijar las tarifas (función reguladora) de los servicios prestados por las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público, ya que éstas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de competencia del OSITRAN, conforme a lo establecido en el Artículo 4° de la Ley 26917, Ley de creación de OSITRAN.
2. OSITRAN inició el procedimiento administrativo de revisión integral de las tarifas aplicables a los servicios prestados por ENAPU con fecha 23 de mayo de 2002, en virtud a los resultados del “Estudio Comparativo de Tarifas Portuarias de ENAPU” y a lo informado mediante Nota N° 020-02-GEE-OSITRAN de la Gerencia de Estudios Económicos (en la actualidad Gerencia de Regulación).

Con base a dicha información el Consejo Directivo de OSITRAN, que es el órgano que ejerce de manera exclusiva la función reguladora; acordó la revisión de oficio de las tarifas de ENAPU, dando inicio al procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2002-CD/OSITRAN.

3. Dicho procedimiento de revisión tarifaria se inició y desarrolló al amparo de lo establecido en la Ley N° 26917, Ley de creación de OSITRAN, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores y la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.

En ese sentido, es claro que dicho procedimiento se inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN).

4. Del mismo modo, se debe considerar que el Artículo 21° de la propia LSPN señala expresamente que corresponde a OSITRAN, regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia, derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público. Asimismo, la mencionada norma señala que en materia de infraestructura portuaria, OSITRAN conserva sus funciones normativas propias.
5. Asimismo, el Artículo 13.1 de la LSPN establece que 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 las tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la APN y/o de las Autoridades Portuarias Regionales.
6. El Artículo 59° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado por D.S. N° 013-2004-MTC, no deroga la facultad de OSITRAN de fijar tarifas de oficio, únicamente establece que la APN está facultada a presentar ante OSITRAN propuestas de fijación o revisión tarifaria.

Al respecto, es necesario tomar en cuenta que el Artículo 59° del Reglamento de la LSPN, modificado mediante D.S. N° 013.2004-MTC, no puede ser aplicado retroactivamente al procedimiento de revisión tarifaria iniciado de oficio por OSITRAN, con anterioridad a la entrada en vigencia de la LSPN.

7. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el referido Artículo 59° guarda concordancia con lo establecido en el Artículo 13° y 21° de la LSPN, según los cuales, OSITRAN es el órgano competente para fijar tarifas, razón por la que como órgano competente, de suyo le corresponde promover procesos de fijación tarifaria de oficio.

Así mismo, el precitado Artículo 59° señala claramente que OSITRAN conserva sus funciones normativas propias e indica que OSITRAN establece el procedimiento de modificación tarifaria conforme a la Ley N° 27838. Dicha concordancia del Reglamento con la LSPN, destaca el hecho que la LSPN es una norma sectorial, y que en tal sentido, no abarca ni deroga en modo alguno el marco normativo regulatorio de OSITRAN.

8. En consecuencia, lo primero que se debe advertir, es que al procedimiento iniciado de oficio por OSITRAN con fecha 23 de mayo de 2002 (anterioridad a la entrada en vigencia de la LSPN), no le resulta de aplicación la disposición establecida en el Numeral 13.1 de dicha norma, dado que el procedimiento se inició antes de que existiese la APN para ejercer la facultad de presentar “propuestas” de fijación o revisión tarifaria.

Ello, se deriva de la aplicación de la teoría jurídica de los hechos cumplidos (dispuesta en nuestros distintos ordenamientos sustantivos y procesales), para el caso de la modificación de normas durante la tramitación de procedimientos y procesos, y por cuanto las disposiciones legales no surten efectos retroactivamente, salvo en materia penal, de acuerdo al Artículo 103° de la Constitución Política del Perú.

9. Asimismo, la Vigésimo Segunda Disposición Transitoria y Final de la LSPN establece que los conceptos y tasas del sistema tarifario vigente para el Sistema Portuario Nacional, son revisados por OSITRAN “con participación”

de la APN, en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días de promulgada la LSPN.

10. Dicha disposición normativa, a diferencia de lo estipulado en el artículo 13.1 de la Ley, sí resultaba de aplicación inmediata al procedimiento de revisión tarifaria iniciado de oficio por OSITRAN, debido a que a la fecha de entrada en vigencia de la LSPN no estaba culminado el procedimiento, por lo que en tal caso no era posible invocar la teoría de los hechos cumplidos.
11. En tal virtud, en cumplimiento de lo establecido en la Vigésimo Segunda Disposición Transitoria y Final de la LSPN, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2003-CD/OSITRAN, OSITRAN sí cumplió con adecuar el procedimiento de revisión tarifaria que se encontraba tramitando válidamente de oficio, con el propósito de permitir la participación de APN antes de aprobar en forma definitiva las nuevas tarifas portuarias, a través de la recepción de la opinión de dicha entidad.

Al respecto, se debe señalar que la APN presentó ante OSITRAN su opinión con relación a la propuesta tarifaria, con fecha 03 de junio de 2004, mediante Oficio N° 026-2004-APN/PD. Dicha opinión fue complementada con fecha 17 de agosto de 2004, mediante Oficio N° 103-2004-APN/PD.

12. Sin embargo, aún en el supuesto que OSITRAN no hubiera iniciado un procedimiento de revisión tarifaria de oficio (antes de la entrada en vigencia de la LSPN), sino que lo hubiera hecho después de la entrada en vigencia de dicha norma; OSITRAN tendría igualmente que haber iniciado el procedimiento de revisión antes de que se instalara la APN, con el fin de poder cumplir el plazo establecido en la Vigésimo Segunda Disposición Transitoria y Final de la LSPN, y para cumplir las disposiciones sobre mecanismos de transparencia y participación de usuarios a que hace referencia la Ley N° 27838. Ello, debido a que la Ley N° 27838 establece la necesidad de llevar a cabo Audiencias Públicas Descentralizadas antes de la aprobación definitiva de la nueva propuesta tarifaria.
13. Cabe señalar que OSITRAN cumplió efectivamente con adecuar el procedimiento de revisión tarifaria iniciado antes de la entrada en vigencia de la LSPN, con el fin de contar con la *participación* de la APN, se venció el plazo de ciento ochenta (180) días dispuesto en la Vigésimo Segunda Disposición Transitoria y Final de la LSPN.

En ese sentido, si bien OSITRAN cumplió con la referida disposición al tramitar el procedimiento de revisión de tarifas, no pudo cumplir con permitir la participación de la APN en el plazo señalado por la norma, pues dicha autoridad no se había instalado.

Finalmente, dejamos constancia que tal como se explica en la punto 11 precedente, al participar la APN en el proceso de regulación tarifaria iniciado por OSITRAN, expresamente ha reconocido la competencia de nuestra entidad en estos temas.

B. LA LSPN NO HA TRANSFERIDO EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULADORA DE OSITRAN A LA APN:

1. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es necesario tomar en cuenta que de manera contraria a lo argumentado por ENAPU, la LSPN no ha transferido ni delegado en modo alguno a la APN la función reguladora de OSITRAN. Dicha interpretación es la más jurídica dada la concordancia existente entre el Numeral 13.1 y el Artículo 21° en cuanto a que corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario, y en aplicación de lo dispuesto por el Numeral 67.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual, son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, como es el caso de la función reguladora, y las atribuciones para emitir normas generales.

En consecuencia, es claro que la LSPN no establece en modo alguno que la delegación de funciones de OSITRAN a la APN, comprenda la fijación de tarifas.

2. Al respecto, es necesario advertir que la LSPN es una norma especial sectorial, que comprende todo lo relacionado a las actividades y servicio portuarios realizados en los terminales, infraestructura e instalaciones ubicadas en los puertos de la República. Como norma sectorial, la LSPN establece las funciones de la APN como órgano rector de los aspectos técnicos de dicha actividad económica, lo que en modo alguno implica que la LSPN haya creado una isla que someta al sector portuario a una especie de blindaje legal, que no permite la aplicación de ninguna otra norma legal.

En ese sentido, se debe considerar que aquello que no es competencia del órgano sectorial (APN), como la regulación económica de la actividad o por ejemplo, la regulación aduanera, se rige por las normas especiales que rigen tales materias y a los respectivos órganos competentes; que en el primer caso es el marco normativo de OSITRAN y de los demás organismos reguladores, y en el segundo caso, el marco normativo de SUNAT.

3. En ese sentido, con relación a la posición interpretativa de ENAPU, que propugna una interpretación sesgada y legalmente asistemática de la LSPN, con el fin de sustentar que OSITRAN no puede fijar tarifas portuarias de oficio, es necesario señalar lo siguiente:
 - a. Dicha interpretación se opone a lo establecido en el Numeral 13.1°, concordado con el Numeral 21.2° de la LSPN, de cuya interpretación concordada queda claro que **el único órgano con capacidad decisoria en materia de fijación y revisión tarifaria es OSITRAN**.
 - b. La LSPN lo que hace es otorgar al nuevo actor en la comunidad portuaria (APN), únicamente la facultad de *proponer* tarifas, lo que de ningún modo suprime la facultad de fijar tarifas de oficio que OSITRAN ostenta, como órgano con capacidad decisoria en materia de fijación tarifaria.
 - c. La composición del Directorio de la APN no permitiría que este órgano pueda fijar las tarifas portuarias con independencia de los intereses políticos y particulares presentes en dicho organismo, razón por la que dicha interpretación, además de carecer de asidero legal, resulta nociva para una correcta implementación del sistema de la regulación económica.
4. La afirmación de ENAPU en el sentido que el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, se aprobó

cuando ya estaba vigente la LSPN (la que habría limitado las funciones de OSITRAN respecto a la regulación del acceso a las Facilidades Esenciales); es incorrecta por las siguientes consideraciones:

- a. El Artículo 3º, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores, modificado por la Ley N° 27631, establece que la función normativa de OSITRAN, comprende la función de emitir reglamentos generales, normas que regulen los procedimientos a su cargo, así como Mandatos y otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
- b. Así mismo, el Literal d) del Artículo 5º de la Ley N° 26917 señala que es objetivo de OSITRAN *fomentar y preservar* la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados *u operadores estatales*, como es el caso de ENAPU S.A., en beneficio de los usuarios. En el mismo sentido, el Literal p) del Numeral 7.1 del mismo cuerpo legal, señala que es función de OSITRAN *cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte*.
- c. El Numeral 21.1 de la LSPN, señala expresamente que OSITRAN conserva sus funciones normativas propias. Es el ejercicio de dichas funciones formativas propias lo que permite a OSITRAN aprobar el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, el mismo que fue publicado el 25 de septiembre de 2003, reemplazando la Resolución N° 034-2001-CD-OSITRAN.
- d. De conformidad con lo establecido por el Decreto Legislativo N° 098, ENAPU tiene como objeto social la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles de la República.

Sin embargo, se debe considerar que la infraestructura portuaria bajo administración de ENAPU S.A. es una infraestructura portuaria de uso público, no de uso privado. Por tanto, su administración y explotación económica está sujeta a la aplicación del marco normativo propio de la regulación económica a cargo de OSITRAN.

- e. Es así que el Artículo 9º del REMA establece que se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales, y que no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.

En ese sentido, el REMA regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de dichas Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios de la infraestructura portuaria.

Ello significa que OSITRAN se limita a cumplir la LSPN, por cuanto la aplicación del REMA es un aspecto de la **regulación económica**, asignada por la ley a OSITRAN.

- f. En tal virtud, el REMA establece que el otorgamiento del derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales a los usuarios intermedios que lo soliciten, por parte de las Entidades Prestadoras como ENAPU S.A., es obligatorio en los casos y supuestos previstos en el REMA. Dicha obligatoriedad se deriva de la naturaleza de uso público de la infraestructura de transporte bajo la competencia de OSITRAN. Por ello, constituye condición esencial de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público que realizan las Entidades Prestadoras.
- g. Cualquier duda que hubiera podido sostenerse con relación a la competencia de OSITRAN respecto a la regulación del acceso a las Facilidades esenciales portuarias, quedó zanjada por lo establecido en el Artículo 101° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado por D.S. N° 013-2004-MTC, el mismo que establece lo siguiente:

 <<(…) En aquellos casos, en los que un usuario intermedio, autorizado por la Autoridad Portuaria Nacional con las licencias señaladas en el artículo 45, requiera utilizar infraestructura o instalaciones portuarias de uso público, para poder prestar sus servicios en el mercado, **el Administrador Portuario deberá seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público. Corresponde a OSITRAN garantizar el ejercicio de tal derecho a los usuarios intermedios de conformidad con lo establecido en el numeral 21.2 de la Ley.**>>
- h. En consecuencia, es competencia de OSITRAN cautelar, regular y normar el derecho de acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria de uso público, de acuerdo a lo establecido en su propio marco normativo y a lo establecido en el Numeral 21.2 de la propia LSPN.

III. 3 NIVELES TARIFARIOS FIJADOS:

1. Como se menciona en el Estudio Tarifario Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU – Versión 5.0, la revisión tarifaria tiene como objetivo establecer niveles tarifarios máximos que permitan: i) cubrir costos de los servicios portuarios y reconocer una ganancia razonable; ii) corregir las distorsiones que produce la existencia de subsidios entre servicios; y iii) contribuir a la competitividad de los servicios portuarios respecto de los puertos de la región (Costa Oeste sudamericana en particular).
2. Para tal efecto, se ha aplicado los principios y reglas establecidos por los Lineamientos Metodológicos aprobados por OSITRAN, los que establecen que la revisión tarifaria debe cumplir con los principios de: sostenibilidad, eficiencia y equidad. Se estableció un modelo compuesto por tres módulos: demanda, estimación de costos e inversiones y propuesta tarifaria. En concordancia con el principio tarifario de sostenibilidad se elaboraron flujos de caja para cada terminal portuario, los que fueron descontados a un costo de capital relevante, todo ello para garantizar la sostenibilidad del servicio y la oferta portuaria en el largo plazo.

3. En el caso específico del servicio Uso Amarradero para el Terminal Portuario del Callao, los costos estimados revelaron un amplio margen de ganancia. Asimismo, que dichos costos eran sobreestimados toda vez que no fueron distribuidos a otros servicios a la nave. Sobre este particular ENAPU realiza la siguiente pregunta: si la rebaja le llegará al Comercio exterior nacional por la vía de reducción de fletes, según ENAPU no.
4. El transporte marítimo se encuentra bajo el régimen de libre competencia. Los fletes se determinan por la oferta y la demanda internacional. Como lo demuestran estudios recientes realizados por el BID (A. Micco, 2001 y 2002) la eficiencia portuaria, que incluye sus tarifas, son una determinante cada vez más importante en la determinación del costo de transporte marítimo. No hay razón para mantener tarifas relativamente altas, por el contrario, bajo el criterio de ENAPU, las tarifas por uso de amarradero debieran subir.
5. ENAPU señala que en el caso de Terminal Portuario de Ilo con la revisión tarifaria se produce un incremento de 40% en la tarifa del servicio por uso de amarradero. Si ENAPU aplica este aumento, las atracarían en el muelle de SPCC y en el Puerto de Arica, ambos competidores de Ilo. Sobre este punto debemos precisar que la tarifa máxima aprobada por la Resolución N° 01-99-CD/OSITRAN para el servicio uso de amarradero para los terminales bajo la administración de ENAPU es de US\$ 0.65 por metro de eslora por hora. La tarifa máxima aprobada por OSITRAN en julio de 2004, mediante la Resolución N° 031-2004-CD/OSITRAN de US\$ 0.70 por metro de eslora por hora, corrige el subsidio que se detectó en este servicio, conforme a los objetivos de la revisión tarifaria.
6. ENAPU compara la tarifa establecida por ella misma, que tiene libertad de establecer por debajo de la tarifa tope, con la tarifa máxima aprobada por OSITRAN, es decir US\$ 0.50 contra US\$ 0.70 (por metro de eslora por hora), y no con la máxima aprobada de US\$ 0.65. Sin perjuicio de los mencionado, ENAPU tiene la libertad para establecer una tarifa por debajo de la tarifa tope. Tal como señala ENAPU, si el Terminal Portuario de Ilo enfrenta competencia esta obligado a competir con otros puertos a una tarifa o precio de mercado que puede ser por debajo de US\$ 0.70 por metro de eslora por hora, en este caso, frente a la competencia sus costos deben ser cada vez más eficientes. La misma Entidad Prestadora ha señalado mediante su carta N° 489-2003 ENAPU/GG, de fecha 5 de junio de 2003, refiriéndose a la propuesta tarifaria propuesta por OSITRAN para los terminales de Paita e Ilo, que *“jamás pondrá en ejecución dichos incrementos especialmente si con ello perjudicamos la marcha administrativa / operativa de nuestros puertos con el consciente beneficio de los países vecinos o los de la competencia”*. Lo cual revela que debe competir a efectos de mantener el tráfico. Sin embargo, desde la perspectiva regulatoria se debe tener presente que la infraestructura debe ser sostenible en el largo plazo, esto implica que la única manera de competir es reduciendo costos o captando mayor tráfico de carga y naves, pues no se puede poner en riesgo la sostenibilidad de la oferta.
7. Con relación al tarifa por uso de muelle para contenedores en el Terminal Portuario del Callao, se ha producido una rebaja de 28.17%, la que será a favor de los Terminales Extra-portuarios. Sobre este particular, el Estudio Tarifario precisa (Pág. .119) que la reducción permite ahorros en la cadena logística de 3% para contenedores de 20 pies, estimados sobre la base de

las Matrices de Costos elaboradas por CONUDFI, institución que representa a los dueños de la carga (importadores y exportadores), por lo que ENAPU hace un comentario que no tiene mayor fundamento.

III.4 EXCLUSIÓN DE LAS DEUDAS CORRESPONDIENTES AL PAGO DE PENSIONES DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE TARIFAS:

1. El Artículo 7° del DL. N° 757 establece que cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. Ello implica que cuando el Estado actúa a través de una empresa, participa en la vida económica de la misma manera que los demás actores económicos.

En ese sentido, el hecho que ENAPU como empresa de propiedad del Estado pueda perseguir fines de carácter público, no implica en modo alguno que en la realización de las actividades económicas, esté autorizada a trasladar a los usuarios de las infraestructuras de uso público bajo su administración, sobre-costos no comprendidos en la estructura de costos relativa a la provisión de los servicios, creando con ello un serio perjuicio a los usuarios de dichas infraestructuras y restando competitividad al país.

2. Que ENAPU sea una empresa de propiedad del Estado, no enerva el hecho que de acuerdo a la legislación vigente es una empresa pública de Derecho Privado, constituida como Sociedad Anónima con arreglo a la Ley General de Sociedades, en tal virtud, el lucro no es contrario al cumplimiento de sus fines.

En ese sentido, que ENAPU persiga fines públicos no significa en modo alguno que sea una empresa *sin fines de lucro*.

Es más, aún en el caso que lo fuera, no puede sostener que cumplir con sus obligaciones legales de naturaleza laboral con los jubilados, le permite violar el marco normativo regulatorio a que está sometido, trasladando a los usuarios el costo económico de cumplimiento de obligaciones ajenas a la prestación del servicio. Al respecto, es conveniente tomar en cuenta que por ejemplo, una Asociación sin fines de lucro, está al igual que cualquier empresa, obligada a cumplir con el pago de sus obligaciones laborales.

3. En consecuencia, no existe una contradicción entre el cumplimiento de las obligaciones legales de naturaleza laboral de ENAPU y el respeto y cumplimiento del marco normativo regulatorio. Ello implica que no son los usuarios, cuyos intereses son cautelados por OSITRAN, los que se deban perjudicarse, ya que no tienen obligación alguna de asumir los costos de los pasivos laborales de ENAPU, afrontando los problemas económicos y/o financieros de ENAPU. Los accionistas o propietarios o responsables de ENAPU son los que deben asumir las responsabilidades de cumplimiento de esta situación.
4. Asimismo, el Artículo 4° del D. Ley N° 25988, establece que las entidades de la Administración Pública de todo nivel, las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o las empresas privadas que prestan servicios públicos, así como las universidades públicas y privadas, **quedan obligadas a eliminar todo tipo de cobros que realicen u obligaciones que impongan**

a las empresas e interesados por servicios que no prestan efectivamente, o que no tienen una justificación técnica.

5. En tal virtud, las normas que establecen las obligaciones laborales de ENAPU, se aplican complementariamente al marco normativo regulatorio.
6. En aplicación de las normas citadas anteriormente y con el fin de establecer una política de fijación y revisión de tarifas que tenga justificación técnica, OSITRAN no puede considerar entre los costos portuarios, los desembolsos no vinculados a la prestación de los servicios portuarios, como lo es entre otros, el pago de las pensiones derivadas de la aplicación del régimen laboral de la Ley N° 20530, **ya que ello trasladaría ineficiencias sustanciales al sector portuario, afectándose negativamente la competitividad del comercio exterior del país, cuyo incremento es un objetivo prioritario del Estado.**
7. Al respecto, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al Artículo 1° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, dicha norma tiene la finalidad de propiciar el desarrollo de los servicios de transporte, y la supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público mediante medidas promocionales, en un marco de libre competencia. En tal sentido, establece la eliminación de toda exigencia o formalidad que constituya una barrera de acceso al mercado de servicios de transporte.
8. Asimismo, el Literal b) del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece que la función reguladora comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
9. En ese sentido, la argumentación de ENAPU respecto a que OSITRAN debió incorporar dentro del procedimiento de fijación de tarifas, la consideración de las obligaciones laborales de pago que tiene ENAPU respecto a sus trabajadores jubilados; es necesario tomar en cuenta algunos principios que rigen el ejercicio de las funciones de OSITRAN especialmente relevantes en materia de fijación y revisión de tarifas, los cuales han sido establecidos por el Reglamento General de OSITRAN aprobado por D.S N° 010-2001PCM:

<<Artículo 3.- Principio de Libre Acceso.

La actuación del OSITRAN deberá orientarse a garantizar al USUARIO el libre acceso a la prestación de servicios, y la INFRAESTRUCTURA, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

Artículo 6.- Principio de Actuación basado en Análisis Costo - Beneficio.

En el ejercicio de sus funciones, el OSITRAN deberá **evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia.**

Artículo 8.- Principio de Promoción de la Cobertura y la Calidad de la INFRAESTRUCTURA.

La actuación del OSITRAN se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de la INFRAESTRUCTURA. Para tal fin, se **reconocerán retornos adecuados a la inversión, y se velará por que los términos de acceso a la INFRAESTRUCTURA sean**

equitativos y razonables.

Artículo 9.- Principio de Autonomía.

El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia. Su accionar se basará en las normas legales aplicables y en estudios técnicos debidamente sustentados.

Artículo 12.- Principio de Análisis de Decisiones del OSITRAN

El análisis de las decisiones normativas y/o **reguladoras del OSITRAN tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de tarifas, calidad, incentivos para la inversión, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los USUARIOS.** En tal sentido deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas.

Artículo 13.- Principio de Eficiencia y Efectividad.

La actuación del OSITRAN se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos **al menor costo para la sociedad en su conjunto.**(...)>>

10. Por todo lo expuesto, corresponde a ENAPU plantear ante FONAFE la ampliación de su presupuesto, adoptar las medidas necesarias con el fin de mejorar la eficiencia de su gestión y hacer frente a sus obligaciones laborales. En ese sentido, no existe sustento técnico para sostener que el costo de cumplimiento de dichas obligaciones legales deba ser asumido por los usuarios de los puertos administrados por ENAPU.
11. En consecuencia, en cumplimiento de su marco normativo y de los mandatos legales existentes con relación a la función reguladora (por ende de los objetivos que de acuerdo a las normas ésta debe cumplir), OSITRAN no puede incorporar en la evaluación relativa al procedimiento administrativo de fijación o revisión tarifaria, consideraciones que no tiene una justificación técnica relacionada a la prestación del servicio y que no son consistentes con los principios que rigen el ejercicio de sus funciones (indicados anteriormente), aún cuando dichas consideraciones impliquen un problema índole legal y política que compete solucionar al propio ENAPU y en su caso a otras entidades del Estado.
12. En otro orden de consideraciones, es necesario tomar en cuenta también lo siguiente:

El marco legal y metodológico establecen que OSITRAN debe regular el sistema tarifario cuando no existe competencia. Las reglas y principios de esta actuación se encuentran en los Lineamientos Metodológicos para la Fijación y Revisión de Precios Regulados aprobados por OSITRAN mediante Resolución 009-2002-CD/OSITRAN que establece los principios tarifarios siguientes:

a. Naturaleza excepcional de la fijación tarifaria:

En virtud de este principio, la fijación tarifaria tiene naturaleza excepcional, y se ejerce sólo cuando no se pueda garantizar condiciones

de mercado, y mientras subsistan las condiciones que la motivaron. Por tanto, se entenderá que los servicios se encuentran desregulados, a menos que se cumpla con las condiciones señaladas.

b. Sostenibilidad de la oferta:

Los niveles de los precios regulados que se establezcan deben asegurar la sostenibilidad de una oferta servicios de calidad y estimular su desarrollo⁷. Por tanto se debe permitir un nivel tarifario que cubra los costos económicos de la prestación del servicio (incluyendo la retribución del capital). El presente objetivo es un pre-requisito para la aplicación de los siguientes principios.

c. Eficiencia:

Comprende tanto la eficiencia productiva y asignativa. La primera se refiere a la producción de servicios de uso de infraestructura a costo mínimo, o alternatively maximizar la producción con el nivel dado de infraestructura. La eficiencia asignativa implica que las tarifas tiendan a igualar la costo marginales de producción de los servicios, lo que, en un contexto de recursos escasos llevaría a una mejor asignación de recursos en la inversión y administración de la infraestructura de transporte de uso público.

d. Equidad:

En virtud de este principio, los servicios de infraestructura de transporte de uso público deben ser accesibles a la mayor parte de los usuarios.

Los principios de sostenibilidad, eficiencia y equidad son recogido por el artículo 60° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, de la siguiente forma:

“Artículo 60°.- Las tarifas que se cobren por la utilización de infraestructura portuaria de uso público deben garantizar la sostenibilidad, eficiencia y equidad de los servicios en cada uno de los puertos y terminales portuarios, Las tarifas por la utilización de la utilización de infraestructura portuaria de uso público, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, se determinarán teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- ***No serán inferiores al coste económico eficiente de prestación del servicio.***
- ***Considerar la estructura, el nivel tarifario y la forma de aplicación.”***

Es necesario precisar que el coste económico eficiente que señala la norma, se refiere a los costos mínimos necesarios para la prestación del servicio portuario que maximicen la producción, excluyendo todo aquel

⁷ Las concesiones de infraestructura son negocios de inversión de largo plazo, por lo que requieren una tasa de retorno razonable y un horizonte que le de la oportunidad de recuperar su inversión.

componente ineficiente, tal es el caso de los pagos por pensiones, entre otros.

En efecto, la metodología de costeo utilizada por OSITRAN es la denominada ABC (Activity Based Cost), toda vez que permite transparentar las actividades y proceso que son necesarios para costear un servicio. Este trabajo ha sido desarrollado por las firmas Price Waterhouse Coopers y NERA por encargo del Banco Mundial y OSITRAN.

Luego que los costos son estimados se integran a los flujos de caja económicos, con lo cual se determina la tarifa que permite recuperar los costos, inversiones por US\$ 97 millones de dólares y una rentabilidad razonable ajustada por riesgo para cada terminal portuario, con lo cual se garantiza la sostenibilidad del servicio público. Adicionalmente, se permite una ganancia por Valor Actual Neto (VAN) de US\$ 75 millones de dólares, que le permiten cubrir inversiones adicionales de contingencia. En términos estrictos, el Organismo Regulador está en obligación de garantizar un VAN de cero, pues a este nivel, la tasa de retorno iguala el costo de capital, lo que permite sostener la actividad portuaria.

En suma, OSITRAN durante su actuación tarifaria ha cumplido con la Ley de Creación de OSITRAN, los Lineamientos Metodológicos para Fijación y Revisión de Precios Regulados y con el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la solicitud de nulidad presentada por la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU S.A. en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN de fecha 23 de julio de 2004.

SEGUNDO: Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A.

TERCERO: Autorizar la difusión de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Regístrese, comuníquese y publíquese

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente