

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 016-2005-CD-OSITRAN

Lima, 09 de marzo de 2005.

MATERIA : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN Nº 066-2004-CD-OSITRAN

ENTIDAD PRESTADORA : ENAPU S.A.

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PUBLICO.

VISTO el Recurso de Reconsideración formulado por la empresa Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA) mediante comunicación s/n recibida el 17 de enero de 2005, el Informe Nº 001-05-GS-GAL-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que adjunta el mismo.

CONSIDERANDO:

I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE:

1. El literal d) del artículo 5º de la Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y *preservar* la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales.
2. El Literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala que es función de OSITRAN *cautelar* el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
3. El literal c) del artículo 3º de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 27631, establece que la *función normativa* de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, *normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y Mandatos* u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
4. El Artículo 1º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por D.S. Nº 032 – 2001 – PCM, establece que es función exclusiva del Consejo Directivo ejercer la función normativa general y reguladora de OSITRAN.
5. El artículo 3º del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. Nº 010 – 2001 – PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a *garantizar* al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

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

II. LOS ANTECEDENTES:

1. Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN mediante la cual se aprueba el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)¹
2. Según consta en las Actas de las Reuniones realizadas el 04 y 11 de agosto del 2004, el Usuario Intermedio y ENAPU no llegaron a un acuerdo con respecto al pago (cargo de acceso) y al plazo que ENAPU propuso, con el fin de otorgarles el acceso necesario para que brinden el servicio de practicaje.
3. A través del Oficio N° 275-04-GG-OSITRAN del 27 de mayo del 2004, se le notifica a ENAPU que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Acceso de ENAPU, el cual contiene en su Capítulo I la definición, requisitos y características operativas necesarias para obtener el acceso correspondiente a la prestación del referido servicio.
4. Posteriormente, se recibe la solicitud del Usuario Intermedio para que OSITRAN emita el Mandato de Acceso correspondiente, que le permita regularizar la prestación de sus servicios de practicaje. Dicha solicitud fue recibida el 13 de octubre de 2004.

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

5. Conforme a lo establecido en el artículo 98° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)², mediante Oficio N° 819-04-GS-OSITRAN del 18 de octubre de 2004 se solicitó a ENAPU que remita una copia de todas las comunicaciones cursadas con el Usuario Intermedio, referidas al proceso de regularización antes mencionado.
6. El 20 de octubre de 2004, ENAPU atiende el requerimiento de información a través del Oficio N° 868-2004-ENAPU S.A./GG, el cual adjunta copias de la carta de convocatoria a la reunión de inicio de negociaciones, las Actas de Reuniones, la carta notarial por medio de la cual se da por concluido el período de negociaciones, y el Proyecto de Contrato de Acceso al Servicio de Practicaje en los Terminales Portuarios de ENAPU.
7. El 04 de noviembre del 2004 se emite el Informe N° 397-04-GS-C2-OSITRAN, que contiene los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado por el Usuario Intermedio, el cual recoge las recomendaciones contenidas en el Informe N° 063-04-GRE-OSITRAN con respecto al cargo de acceso correspondiente.
8. A través del Oficio N° 876-04-GS-C2-OSITRAN y del Oficio N° 874-04-GS-C2-OSITRAN, ambos del 05 de noviembre de 2004, se remite al Usuario Intermedio y a ENAPU, respectivamente, los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso, indicándoles que contaban con un plazo de diez (10) días hábiles para presentar sus comentarios u observaciones al proyecto remitido.
9. El 22 de noviembre del 2004 se recibe la comunicación GG 092, a través de la cual el Usuario Intermedio remite sus comentarios a los términos propuestos para la emisión del Mandato de Acceso correspondiente.
10. Mediante Memorando N° 199-04-GS-OSITRAN del 01 de diciembre del 2004, se remite el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, así como el Proyecto de Mandato de Acceso solicitado, a la Gerencia de Asesoría Legal para que emita su opinión al respecto.
11. El 03 de diciembre del 2004 se recibe el Memorando N° 132-04-GAL-OSITRAN, a través del cual la Gerencia de Asesoría Legal alcanza sus comentarios al Proyecto de Resolución y al Proyecto de Mandato de Acceso antes remitido.
12. El 06 de diciembre del 2004 se emite el Informe N° 449-04-GS-C2-OSITRAN que sustenta los Términos propuestos para la emisión del Mandato de Acceso solicitado, el cual es alcanzado a la Gerencia General mediante Nota N° 202-04-GS-OSITRAN.
13. Por Oficio Circular N° 072-04-GG-OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 2004 notificado tanto a TRAMARSA como a ENAPU, se les remitió la Resolución N° 066-2004-CD-OSITRAN.
14. Mediante comunicación s/n recibida el 17 de enero del 2005, TRAMARSA presenta un Recurso de Reconsideración a la Resolución N° 066-2004-CD-OSITRAN.

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

15. Por Oficio N° 059-05-GG-OSITRAN de 31 de enero de 2005 se puso en conocimiento de ENAPU la reconsideración presentada por TRAMARSA.
16. Por escrito presentado con fecha 23 de febrero de 2005 ENAPU formuló sus alegatos.

III. LAS CUESTIONES A RESOLVER:

1. De la evaluación de la documentación remitida a OSITRAN, y de conformidad con el marco normativo aplicable y los antecedentes a que se ha hecho referencia con anterioridad, el Consejo Directivo de OSITRAN considera necesario emitir su pronunciamiento respecto al aspecto que se menciona a continuación:
 - Numeral 16 – Resolución de Contrato

IV. ANÁLISIS:

1. Con respecto al Numeral 16 – Resolución de Contrato

- 1.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“16.- RESOLUCIÓN DEL MANDATO

La Entidad Prestadora podrá resolver el presente Mandato de Acceso, en caso que el Usuario Intermedio incumpla cualquiera de las obligaciones contenidas en el mismo, previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario.”

- 1.2 TRAMARSA observa lo siguiente:

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

De conformidad con lo señalado en el tercer párrafo del artículo 43° del REMA "En el caso de que el contrato de acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un mandato, no se excluye la aplicación de las normas de derecho privado a la relación jurídica resultante". En aplicación de la norma citada en el párrafo anterior, los mandatos de acceso deben regirse por normas de derecho privado, por lo que no es viable delegar la facultad de resolver el contrato de acceso de plena derecho a ENAPU sin contemplar los derechos de la otra parte del contrato.

Sobre el particular, el artículo 1428° del Código Civil, referente a la resolución del contrato por incumplimiento, señala que en los contratos con prestaciones recíprocas, como es el caso de un contrato de acceso de practicaje, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, es decir, que ambas partes tiene la potestad de exigir sus derechos en caso de incumplimientos.

Ahora en el caso de un contrato de acceso derivado de un mandato no deben excluirse los principios de derecho contemplados en la norma citada en el párrafo anterior, ya que dicho contrato debe regirse por normas de derecho privado, por lo que el Consejo Directivo de OSITRAN al momento de normar lo referente a la Resolución del mandato de acceso, debió contemplar la reciprocidad en los deberes y derechos de las partes referente a la resolución del contrato conforme lo establece el Código Civil.

En tal sentido, el Consejo Directivo de OSITRAN debe reconsiderar su posición referente a la resolución del mandato en caso de incumplimiento, estableciendo los mismos derechos tanto para la entidad como para el usuario intermedio.”

- 1.3 Por escrito de fecha 22 de febrero de 2005 por el que ENAPU presenta sus alegatos, señala que:

“Igualmente es pertinente indicar que en los numerales 15 y 16 del Anexo 01 de la Resolución de Consejo Directivo antes citada, está el procedimiento que debe realizarse en caso que el usuario intermedio incumplan con algunas de sus obligaciones contenidas en el Mandato de Acceso; por lo que, en caso de persistir estos incumplimientos, es justo, legal y válido que la Entidad Prestadoras resuelva de pleno derecho la relación de acceso, otorgando inclusive un preaviso, notificando notarialmente con una anticipación no menor a 30 días calendario; lo que significa que en ningún momento se está violando o impidiendo su derecho de defensa.”

- 1.4 En principio debemos señalar que si bien es cierto que conforme lo señalada TRAMARSA, el artículo 43° del REMA dispone que aún en *“el caso que el contrato de acceso se haya celebrado como consecuencia de la emisión de un mandato, no se excluye la aplicación de las normas de derecho privado a la relación jurídica resultante”*, también lo es que en el presente caso ENAPU se encuentra administrando infraestructura portuaria de uso público con relación a la cual tiene responsabilidades, por lo que es necesario crear los incentivos requeridos para el cumplimiento de aspectos esenciales de la relación de acceso.

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

“16.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

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

- 1. Las contenidas en la cláusula 9; y,*
- 2. Mantener vigente la póliza de seguros a que se refiere el artículo 9° del Reglamento de Acceso de ENAPU.*
- 3. Modificar la infraestructura sin contar con la autorización previa de la Entidad Prestadora;*

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

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Artículo 7.1°, Literal p) de la Ley N° 26917; Artículo 3°, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631; el Artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM; el Numeral 21.2 de la Ley N° 27943; el Artículo 101° del Reglamento de la precitada Ley; y los Artículos 11°

y 43° del REMA; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 28 de febrero de 2005:

SE RESUELVE:

Artículo 1°: Declarar parcialmente fundado el Recurso de Reconsideración presentado por TRAMARSA en relación al extremo referido al numeral 16 del Anexo N° 1 de la Resolución N° 066-2004-CD-OSITRAN.

Artículo 2°: Modificar el numeral 16 – Resolución del Contrato del Anexo 1 de la Resolución N° 066-2004-CD-OSITRAN en los términos contenidos en el numeral 1.5 de la presente Resolución, quedando redactado de la siguiente manera:

“16.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

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

- 1 *Las contenidas en la cláusula 9; y,*
- 2 *Mantener vigente la póliza de seguros a que se refiere el artículo 9° del Reglamento de Acceso de ENAPU.*
- 3 *Modificar la infraestructura sin contar con la autorización previa de la Entidad Prestadora;*

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

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

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

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

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente