



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 30 de mayo de 2012

Nº 022-2012-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe N°005-12-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 24 de mayo de 2012 emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

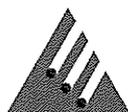
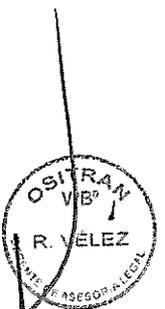
Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN de fecha 23 de setiembre del año 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, que fuera modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y Resolución de Consejo Directivo N° 003-2012-CD-OSITRAN;

Que, el artículo 10° en concordancia con el artículo 11° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA), establece que en el caso que los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de uso público, no se realicen en condiciones de competencia en el mercado, será de aplicación el régimen tarifario regulado;

Que, el 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece el mecanismo que deberá ser atendido por la concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, mismo que se inicia con la presentación de los servicios ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI para que esta entidad se pronuncie respecto de la existencia de condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la solicitud no están sometidos a régimen de regulación económica;

Que, mediante Oficios s/n de los días 11, 14 y 22 de julio del 2011, la empresa APM Terminals Callao S.A. solicitó a la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los denominados servicios especiales "uso de barrera de contención", "embarque/descarga de carga de proyecto",



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 1 de 4





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

"reestiba de carga fraccionada" y "reestiba de carga rodante", ambos en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle;

Que, mediante los Informes N°s 160, 161, 162-2011/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos, y el Informe N° 043-2011/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, remitidos el 24 de octubre del 2011, mediante Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI, dicha entidad señala que los denominados 4 servicios especiales referidos en los considerandos precedentes no son prestados en condiciones de competencia;

Que, mediante Oficio N° 268-2012-APN/GG, del 06 de febrero de 2012, la Autoridad Portuaria Nacional remitió al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN el Informe N° 004-2012-APN/DIPLA/RGH que contiene su propuesta de tarifas máximas para los 4 servicios especiales que no son prestados en condiciones de competencia, misma que atendiendo a lo señalado en el Informe de Vistos es considerada únicamente como un informe administrativo;

Que, mediante Oficio N° 057-2012-APMT/GC, del 16 de marzo de 2012, la empresa APM Terminals Callao S.A, solicita al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN fije una tarifa provisional para la prestación del servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto", mientras dure el procedimiento de fijación tarifaria definitiva;

Que, el artículo 6° concordado con el artículo 53° del RETA establece que el Consejo Directivo aprobará el inicio del procedimiento de oficio de fijación, revisión o desregulación tarifaria sobre la base del informe elaborado por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal;

Que, el artículo 53° del RETA precisa que el Consejo Directivo establecerá el plazo máximo dentro del cual la Entidad Prestadora podrá presentar su propuesta tarifaria, con el correspondiente estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada;

Que, el artículo 19° del RETA establece que:

"Corresponde a OSITRAN establecer la metodología en base a la cual se realizará la propuesta de fijación y revisión tarifaria.

En el caso de iniciarse un procedimiento de fijación tarifaria la propuesta podrá sustentarse en la aplicación de cualquiera de las metodologías listadas a continuación, las cuales tienen carácter meramente enunciativo:

1. Costos incrementales
2. Costo Marginal de largo plazo
3. Costos Totalmente Distribuidos
4. Disposición a Pagar



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 2 de 4





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

5. Tarificación comparativa (Benchmarking)
6. Empresa Modelo Eficiente
7. Costo de Servicio
(...)"

Que, asimismo, el artículo 19° del RETA precisa que "[l]a aplicación de las metodologías a que hace referencia el presente artículo se realizará en concordancia con el tipo de infraestructura y la naturaleza del servicio cuya tarifa es materia de fijación o revisión";

Que, en ese sentido, en el Informe de Vistos se ha sustentado que la metodología a utilizarse para la presente fijación tarifaria será la de "Costos Incrementales";

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del Artículo 6 de la Ley N° 27444.

POR LO EXPUESTO, en mérito de las funciones previstas en el numeral i del literal b) del inciso 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917; Ley de Supervisión de la Inversión Privada en la Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; los artículos 28° y 29° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y modificado por los Decretos Supremos N°s 046-2007-PCM y 057-2006-PCM; el artículo 53° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN, y sobre la base del Informe N° 005-12-GRE-GAL-OSITRAN, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 417 de fecha 29 de mayo de 2012;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Disponer el inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria de los servicios espaciales de: "embarque/descarga de carga de proyecto", "re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades" y "re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades", prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la solicitud de fijación de tarifa provisional para la prestación del servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, presentada por APM Terminals Callao S.A.

Artículo Tercero.- Disponer la notificación de la presente resolución, así como el Informe N° 005-12-GRE-GAL-OSITRAN que sustenta el inicio del presente procedimiento de oficio para la fijación de las tarifas de los servicios referidos en el Artículo Primero de la presente Resolución, a la empresa APM Terminals Callao S.A., otorgándole un plazo de treinta (30) días





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

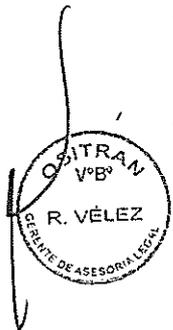
Presidencia Ejecutiva



hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación, a fin de que en ejercicio del derecho otorgado en el Artículo 53° de RETA, presente su propuesta tarifaria, con el correspondiente estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada.

Artículo Cuarto.- Disponer la publicación de la presente Resolución, así como del Informe de Vistos, en el diario oficial El Peruano.

Artículo Quinto.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe de Vistos, en la página web institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (www.ositran.gob.pe)



Regístrese, comuníquese y publíquese.

CÉSAR SÁNCHEZ MODENA
Vicepresidente del Consejo Directivo
Presidente encargado

Reg. Sal PD N° 13068-12



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 4 de 4



CON LA CONFIRMACIÓN DE ESTE DESMOLDO
POR A.C.D. PMA APROBACIÓN
25.05.12

OSITRAN
VºBº
GERENTE GENERAL
OSITRAN
VºBº
GERENTE GENERAL

INFORME N° 005-012-GRE-GAL-OSITRAN

Para : **Carlos Aguilar Meza**
Gerente General

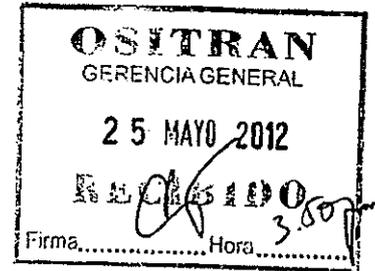
De : **Renzo Rojas Jimenez**
Gerente de Regulación (e)

Roberto Vélez Salinas
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Análisis del inicio de procedimiento de oficio para la fijación tarifaria respecto de cuatro (04) nuevos servicios especiales prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

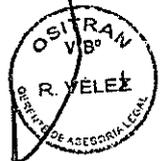
Solicitud de tarifa provisional presentada por APM Terminals Callao S.A.

Fecha : 24 de mayo del 2012



I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio s/n de fecha 11 de julio del 2011, la empresa APM Terminals Callao S.A. (a continuación, APMT, la empresa concesionaria o el concesionario), solicitó a la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (en adelante, INDECOPI), en virtud de lo señalado en la Cláusula 8.23 de su Contrato de Concesión, se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación del denominado servicio especial "uso de barrera de contención".
2. Mediante Oficio s/n de fecha 14 de julio del 2011, la empresa APMT, solicitó a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación del denominado servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto".
3. Mediante oficios s/n de fecha 22 de julio del 2011, la empresa APMT, solicitó a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los denominados servicios especiales: "reestiba de carga fraccionada" y "reestiba de carga rodante", ambos en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle.
4. Mediante Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI, recibida con fecha 24 de octubre del 2011, el INDECOPI remite a OSITRAN las opiniones solicitadas por la empresa APMT sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los referidos 4 servicios especiales, entre otros servicios especiales. Dichas opiniones se encuentran contenidas en los informes 160, 161, 162-2011/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, y en el Informe N° 043-2011/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.



5. En dichos informes, INDECOPI señala que los denominados 4 servicios especiales antes mencionados no son prestados en condiciones de competencia.
6. Mediante Oficio N° 268-2012-APN/GG, recibido con fecha 06 de febrero de 2012, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) remite a OSITRAN el Informe N° 004-2012-APN/DIPLA/RGH que contiene su propuesta de tarifas máximas para los 4 servicios especiales que no son prestados en condiciones de competencia.
7. Cabe mencionar que, La propuesta tarifaria de la APN se basa en un estudio comparado (*benchmarking*) de las tarifas de dichos servicios especiales en otros puertos peruanos y de la región.
8. Mediante Oficio N° 057-2012-APMT/GC, recibido con fecha 16 de marzo de 2012, la empresa APMT solicita al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (en adelante, OSITRAN o el Regulador) fije una tarifa provisional para la prestación del servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto", mientras dure el procedimiento de fijación tarifaria definitivo.

II. DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN TARIFARIA DE OFICIO

9. Tal como se verá en la parte correspondiente al análisis legal, al ser la Disposición Complementaria Única (en adelante, DCU) del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N°043-2004-CD-OSITRAN publicado el 27 de setiembre de 2004¹, una norma de procedimiento, corresponde en principio la aplicación de las disposiciones contenidas en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión (la cual establece un procedimiento ad-hoc de actuaciones preparatorias, previas al inicio del procedimiento de fijación tarifaria, en caso la agencia de competencia concluya que el servicio especial que pretende implementar no se prestará en condiciones de competencia), resultando el RETA de aplicación únicamente en los aspectos no previstos por el Contrato de Concesión.
10. Asimismo, teniendo en consideración que conforme a lo dispuesto por el Artículo 17 del RETA, el procedimiento de fijación tarifaria se inicia de oficio, por OSITRAN o, de parte, a solicitud de la Entidad Prestadora, corresponde concluir que la APN no tiene legitimidad activa para solicitar el inicio del procedimiento de fijación tarifaria a pedido de parte, debiendo en todo caso considerarse su actuación como un impulso para el inicio del procedimiento de oficio.
11. De esta manera, en el caso concreto del Oficio N°268-2012-APN/GG y documento anexo, presentado por la APN, dicho documento no podrá ser considerado como una solicitud de inicio a pedido de parte del procedimiento de fijación tarifaria sino como un informe administrativo, conforme a las disposiciones contenidas en el Artículo 171 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que coadyuvará al inicio y trámite del procedimiento que se inicie de oficio por OSITRAN.

¹ Modificado mediante Resolución N° 082-2006-CD-OSITRAN, publicada el 30 de diciembre de 2006 y N° 003-2012-CD-OSITRAN, publicado el 01 de febrero de 2012.



12. De otro lado, siendo que la empresa concesionaria no ha solicitado el inicio del procedimiento de fijación tarifaria y teniendo en consideración que, conforme a lo informado por INDECOPI (Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI y documentos anexos); existe demanda en la prestación de los servicios materia del presente documento, corresponde que la prestación de los mismos por parte de la empresa concesionaria, estén vinculados a una contraprestación por parte de los usuarios pues, de lo contrario, la concesionaria no tendrá incentivos para efectuar o continuar con su prestación.
13. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que mediante Oficio N° 057-2012-APMT/GC la empresa concesionaria solicitó a OSITRAN la fijación de una tarifa provisional para la prestación del servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto".

III. OBJETO

14. Analizar la procedencia del inicio del procedimiento de oficio para la fijación de las tarifas máximas de los siguientes nuevos servicios especiales prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, Terminal Norte):
- i) Re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle.
 - ii) Re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle.
 - iii) Uso de barreras de contención.
 - iv) Embarque/descarga de carga de proyecto.

Asimismo, se analizará la procedencia de la solicitud de APMT en relación a la fijación de una tarifa provisional para el servicio "embarque/descarga de carga de proyecto" mientras dure el procedimiento de fijación tarifaria definitivo.

IV. ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL

IV.1 Del Contrato de Concesión

15. Con relación al marco legal aplicable al Contrato de Concesión, éste establece lo siguiente:

- La Cláusula 16.1 del Contrato de Concesión señala que "[e]l Contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, expresa que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que la SOCIEDAD CONCESIONARIA declara conocer." [El subrayado es nuestro]

Asimismo, la Cláusula 1.23.68 establece que las Leyes y Disposiciones Aplicables "[e]s el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."



- Al respecto, la Cláusula 1.23.94 señala que las disposiciones de OSITRAN, que incluye los reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N°044-2006-PCM (en adelante, REGO), así como los actos administrativos que emita, "...son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA."
[El subrayado es nuestro]

16. Por otra parte, la Cláusula 14.7 del Contrato reconoce que el Regulador "... está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que les confiere el Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente o las que las sustituyan o modifiquen." [El subrayado es nuestro]

17. De esta manera, teniendo en consideración que:

- ✓ Al Contrato de Concesión le resulta de aplicación las normas con rango de ley, emitidas por cualquier autoridad gubernamental competente.
- ✓ Es de observancia obligatoria para el concesionario, los reglamentos emitidos por el Regulador.
- ✓ En el Contrato, se reconoce expresamente que al Regulador le compete ejercer todas las facultades conferidas por la legislación vigente.

Corresponde a continuación, revisar el contenido del marco normativo aplicable, a fin de delimitar la función reguladora de OSITRAN en el ámbito portuario.

IV.2 Del Marco Normativo aplicable

a) De la Ley del Sistema Portuario Nacional

18. Conforme al Artículo 6 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante, Ley de creación de OSITRAN), aprobada mediante Ley N° 26917, y al Artículo 21 del REGO, OSITRAN ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias.
19. En concordancia con ello, el numeral 21.1 del Artículo 21 de la Ley del Sistema Portuario Nacional aprobada por Ley N° 27943, (en adelante, Ley del SPN), establece que compete a OSITRAN:
- (i) Regular el sistema tarifario de los mercados derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público en los que no hay libre competencia.
 - (ii) Supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes aplicables.
20. En lo que respecta a la contraprestación por el uso de bienes portuarios de uso público, el Artículo 13 de la Ley del SPN, establece lo siguiente:



- (i) 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.
- (ii) La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.²

21. Como puede observarse, la Ley del SPN es clara en señalar que, en los mercados de servicios portuarios donde no exista competencia, corresponde a OSITRAN establecer la tarifa pertinente, en tanto que en el ámbito de los servicios portuarios sujetos a competencia corresponderá a OSITRAN, en principio, ejercer su función supervisora.
22. Como veremos a continuación, el citado marco legal guarda absoluta concordancia con las disposiciones contenidas en el RETA.

b) Del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN

23. El RETA establece, entre otras cosas, lo siguiente:
 - La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva de OSITRAN, por lo que le corresponde disponer la fijación, revisión o ajuste de Tarifas Máximas, y en general el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan reglas de aplicación de tarifas. (Art. 5)
 - El régimen tarifario regulado, es aplicable en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado; sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN. (Art. 10 y 11)
 - Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por los servicios que presten, derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, por lo estipulado en el RETA, salvo que dicho Contrato contenga normas específicas que se opongan. (Art. 9 y 24³)



² Por otra parte, resulta ilustrativo revisar las disposiciones contenidas en la Ley del SPN respecto de los puertos o terminales privados de uso privado. Al respecto, dicho texto normativo señala lo siguiente:

- "Los puertos o terminales privados de uso privado no están sujetos a los regímenes tarifarios." (Art. 13, inciso 3)
- "A solicitud de cualquier Administrador u Operador Portuario, INDECOPÍ evaluará si existen condiciones de competencia efectiva en el tipo de servicios portuarios de que se trate [se refiere a la prestación de servicios portuarios a terceros]. De comprobarse que existe competencia en dicho servicio, éste se prestará bajo el régimen de libre competencia." (Art. 20, tercer párrafo)

³ Modificado por el Artículo Primero de la Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN, publicado el 01 de febrero de 2012.



- El RETA será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos. (Art. 9 y 24⁴).
- Como regla, corresponde a OSITRAN fijar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las tarifas por servicios nuevos (Art. 17).
- Por otro lado, la DCU del RETA establece un procedimiento relacionado con las actuaciones previas al inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria, en caso la agencia de competencia concluya que no existen condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público, supuesto en el cual se dispone excepcionalmente el inicio del procedimiento de fijación tarifaria: (i) con la presentación de la propuesta tarifaria elaborada por la APN o, de ser el caso, (ii) de oficio⁵. De esta manera, al ser la mencionada DCU una norma de procedimiento, corresponde en principio la aplicación de las disposiciones contenidas en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión (el cual establece un procedimiento ad-hoc de actuaciones preparatorias, previas al inicio del procedimiento de fijación tarifaria, en caso la agencia de competencia concluya que el servicio especial que pretende implementar no se prestará en condiciones de competencia), resultando el RETA de aplicación únicamente en los aspectos no previstos por el Contrato de Concesión.

24. En virtud de lo expuesto, podemos afirmar lo siguiente:

- ✓ OSITRAN tiene competencia para regular los servicios derivados de la explotación de infraestructura portuaria.
- ✓ El RETA es de aplicación supletoria a las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión⁶, es decir, en aquellas materias no desarrolladas por el Contrato o desarrollados parcialmente (p.e. si el Contrato no regulará en su totalidad el procedimiento para la fijación tarifaria).

⁴ *Idem.*

⁵ El procedimiento de actuaciones preparatoria contemplado en la mencionada DCU es el siguiente:

- (i) OSITRAN podrá solicitar el pronunciamiento de INDECOPI para que se pronuncie sobre la "existencia de condiciones de competencia", para lo cual gozará de un plazo de 70 días hábiles.
- (ii) Comprobada la no existencia de condiciones de competencia por INDECOPI, la APN deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI.
- (iii) Si vencido el plazo la APN no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro del plazo máximo de 70 días hábiles.

⁶ El RETA será de aplicación supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos.



- ✓ El RETA establece que OSITRAN deberá regular⁷ tarifas en caso los servicios involucrados no sean prestados en condiciones de competencia.
- ✓ Conforme a lo dispuesto por el Artículo 17 del RETA, el procedimiento de fijación tarifaria se inicia de oficio, por OSITRAN o, de parte, a solicitud de la Entidad Prestadora.

Lo anterior, implica que la APN, al no ser la entidad prestadora, no tiene legitimidad activa para solicitar el inicio del procedimiento de fijación tarifaria a pedido de parte, debiendo en todo caso considerarse su actuación como un impulso para el inicio del procedimiento de oficio, en virtud del principio de oficialidad contemplado por el numeral 1.3 del inciso 1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

IV.3 El Contrato de Concesión del Terminal Norte

25. La Cláusula 1.23.98 del Contrato de Concesión del Terminal Norte define a los Servicios Especiales como:

"1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. (...)"

26. Asimismo, la Cláusula 8.23 del Contrato señala el procedimiento que debe seguir el concesionario cuando desee iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

8.23. (...)

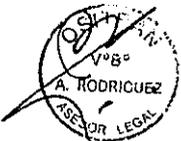
La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo a los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

⁷ O desregular, conforme a lo dispuesto por los Artículos 5, 13 y 14 del RETA.



27. Como puede observarse, el Contrato de Concesión establece las actuaciones preparatorias necesarias para el inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria (en caso INDECOPI concluya que no existen condiciones de competencia), no reconociendo la mencionada Cláusula 8.23 que la APN cuenta con legitimación para iniciar a pedido de parte el procedimiento de fijación tarifaria⁸.

V. ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL INICIO DE PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN TARIFARIA

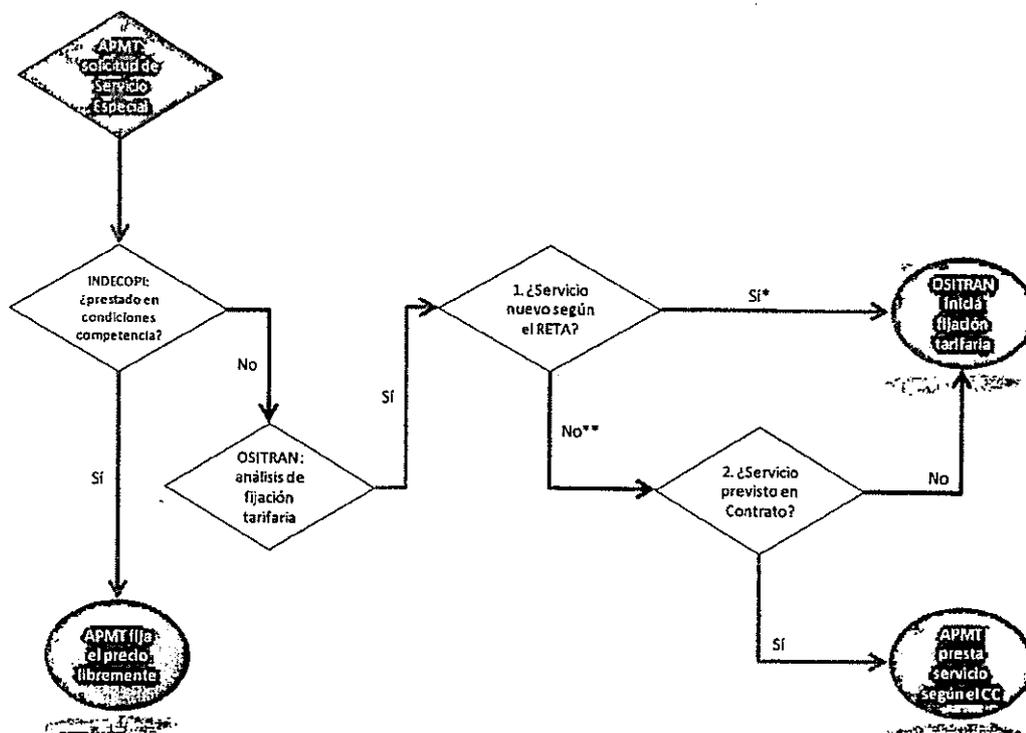
28. Para proceder con el inicio del procedimiento de fijación tarifaria de los cuatro (04) servicios materia del presente análisis, deberá previamente analizarse:
- (i) Si los servicios son derivados de la explotación de la infraestructura portuaria.
 - (ii) Si nos encontramos o no frente a un servicio nuevo, conforme a lo establecido en el RETÁ, o frente a un servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión.
 - (iii) Si los denominados servicios especiales no son prestados en condiciones de competencia en el Terminal Norte del Puerto del Callao.
29. La siguiente figura muestra los pasos que seguirá el Regulador para analizar el punto ii) antes mencionado; es decir, para determinar si el servicio en cuestión es un servicio nuevo -o no previsto en el Contrato de Concesión, y que en consecuencia requiere de la fijación de una tarifa por parte de OSITRAN.



⁸ Vid. último párrafo del ítem 20 del presente documento.



**FIGURA 1:
PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR SI ES UN SERVICIO NUEVO O
NO PREVISTO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN**



(*) Adicionalmente, OSITRAN podrá fijar una tarifa provisional si el Concesionario lo solicita.

(**) No aplica la fijación de una tarifa provisional.

Fuente: Contrato de Concesión
Elaboración: OSITRAN.

V.1. Naturaleza de los servicios especiales materia de análisis

30. A continuación, efectuaremos el análisis respecto de si los servicios especiales materia del presente análisis son o no servicios derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público; es decir, debe demostrarse si para la prestación de dichos servicios se requiere necesariamente de la utilización de la infraestructura portuaria y, por lo tanto, encontrarse bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.

i) Re-estiba de carga rodante

31. De acuerdo a lo manifestado por la empresa concesionaria, el servicio de re-estiba de carga rodante puede prestarse bajo las siguientes modalidades:

- **Re-estiba vía nave:** re-estiba o-movilización (de un lugar a otro) de la carga rodante dentro del mismo nivel de la nave o para otro nivel de la nave (también puede ser dentro de una misma bodega o entre bodegas). No se requiere pasar por el muelle.
- **Re-estiba vía muelle:** re-estiba o movilización de la carga rodante que requiere de la transferencia a patio para su posterior reposicionamiento en el lugar que se indique de la nave.



32. Asimismo, la empresa concesionaria señala que para la prestación de este servicio, bajo las dos modalidades, se requerirá de la siguiente infraestructura y equipamiento portuario:

- Amarraderos destinados al movimiento de carga rodante.
- Zonas o patios de almacenamiento⁹
- Vías de tránsito de personas y equipos
- Operadores o conductores de automóviles.
- Cuadrilla de estibadores
- Grúas con sus respectivos operadores, de ser el caso.

Cabe agregar que, según lo manifestado por APMT, la carga rodante es movilizada en naves Ro-Ro, las cuales se caracterizan por poseer una rampa para el embarque/descarga de la carga rodante. Esto último significa que no se requerirá de mayor equipamiento portuario para atender este tipo de carga, salvo algunas excepciones.

33. Debemos agregar que, si bien la re-estiba de carga rodante vía nave se realiza en la propia nave (no utiliza el muelle), para que el personal de APMT acceda a la nave a realizar esta actividad debe hacer uso de la infraestructura portuaria -- vías de tránsito interno, muelle, entre otros-- De esta manera, la infraestructura portuaria es un insumo esencial para acceder a la nave y prestar el servicio de re-estiba de carga rodante vía nave; siendo considerado, por lo tanto, un servicio derivado de la explotación de la infraestructura portuaria.

34. En el caso de la re-estiba de carga rodante vía muelle, resulta obvio que para la prestación de este servicio se está haciendo uso del muelle y otras áreas del puerto, con lo cual estamos ante un servicio derivado de la explotación de la infraestructura portuaria. Por lo tanto, el servicio especial de Re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades, se encuentran bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.

ii) **Re-estiba de carga fraccionada**

35. De manera similar, la empresa concesionaria manifiesta que el servicio de re-estiba de carga fraccionada puede prestarse bajo las siguientes modalidades:

- **Re-estiba vía bodega:** re-estiba o movilización (de un lugar a otro) de la carga fraccionada de bodega a la misma bodega de la nave con el equipo del terminal, sin que implique transferencia temporal a la zona de almacenamiento.
- **Re-estiba vía muelle:** re-estiba o movilización de la carga fraccionada que requiere transferencia a patio o zona de almacenamiento para su posterior reposicionamiento en el lugar que se indique de la nave.

36. Para la prestación de este servicio bajo las dos modalidades, la empresa concesionaria señala que se requerirá la siguiente infraestructura y equipamiento portuario:

9

Se entiende que el uso de esta infraestructura aplicará sólo para la re-estiba vía muelle, según sea el caso.



- Amarraderos destinados al movimiento de carga fraccionada
- Zonas o patios de almacenamiento¹⁰
- Vías de tránsito de personas y equipos
- Grúas pórtico, grúas móviles, spreaders, y otros equipos
- Operadores de equipos (grúas y otros)
- Cuadrilla de estibadores.

37. Como puede apreciarse, para la prestación del servicio de re-estiba de carga fraccionada, en ambas modalidades, se utiliza como insumo esencial tanto la infraestructura como el equipamiento portuario, con lo cual se concluye que es un servicio derivado de la explotación de la infraestructura portuaria y por lo tanto bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.

iii) Embarque/descarga de carga de proyecto

38. El servicio de embarque/descarga de carga de proyecto, de acuerdo a lo manifestado por la empresa concesionaria, implica el requerimiento de mayor número de estibadores, equipamiento complementario (o de mayor capacidad) y un mayor tiempo de operación que el requerido para atender la carga fraccionada convencional.

39. En ese sentido, para la prestación de este servicio se seguirá requiriendo de la misma infraestructura y equipamiento portuario destinado a la re-estiba de carga fraccionada: el muelle, zonas o patios de almacenamiento, vías de tránsito de personas y equipos, grúas pórtico, grúas móviles, spreaders, y otros equipos necesarios en virtud de la carga especial que se atenderá, así como operadores de equipos (grúas y otros) y cuadrilla de estibadores. Es decir, estamos ante un servicio derivado de la explotación de la infraestructura portuaria.

iv) Uso de barreras de contención

40. Para la prestación del servicio de uso de barreras de contención, la empresa concesionaria ha manifestado que se requerirá la siguiente infraestructura y equipamiento portuario:

- Amarraderos destinados al movimiento de carga líquida a granel
- Losa de muelle¹¹
- Remolcador
- Montacargas
- Equipos diversos relacionados con la barrera de contención
- Operadores de remolcador (para el tendido de la barrera de contención)
- Personal de seguridad operativa
- Personal operativo.

41. Como puede apreciarse, para la prestación de este servicio se requiere de la utilización de la infraestructura y equipamiento portuario, con lo cual se concluye

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Asimismo, entendemos que también se requiere de las vías de tránsito de personas y equipos, pues sin el uso de éstas no podrá ingresar la barrera de contención ni el personal que instalará la misma.



que es un servicio derivado de la explotación de la infraestructura portuaria y, por lo tanto, bajo el ámbito de competencia del OSITRAN.

42. En resumen, los servicios especiales antes analizados son servicios derivados de la explotación de la infraestructura portuaria y, por lo tanto, se encuentran bajo el ámbito de competencia de OSITRAN. En virtud de ello, el Organismo Regulador podrá fijar las tarifas correspondientes si: (i) se demuestra que dichos servicios constituyen un servicio nuevo (conforme a lo establecido en el RETA) o, de ser el caso, se tratan de servicios especiales no previstos en el Contrato de Concesión; y, (ii) si los servicios especiales no son prestados en condiciones de competencia, materias que analizaremos a continuación.

V.2. Análisis respecto a si nos encontramos frente a un servicio especial nuevo conforme al RETA o ante un servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión

43. La Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, referido al "Régimen Económico: Tarifas y Precio", establece que "(...) la SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (...)" deberá solicitar al INDECOPI se pronuncie sobre las condiciones de competencia.
44. De esta forma, debe verificarse si los servicios materia del presente análisis corresponden a servicios (especiales) nuevos, tal como lo define el RETA de OSITRAN, o son servicios que no están contemplados en el Contrato de Concesión.

Lo establecido en el RETA de OSITRAN

45. El Artículo 3 del RETA, referido a Definiciones, establece que los Servicios Nuevos "son aquellos servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público que por primera vez son prestados a los usuarios de una determinada infraestructura."
46. Al respecto, la propia empresa concesionaria, en su Oficio N° 057-2012-APMT/GC, manifiesta lo siguiente:

"El caso del servicio especial de "Embarque/descarga de carga de proyecto" el cual viene siendo requerido por nuestros usuarios en distintas oportunidades, sin embargo, a efectos de no perjudicar la operatividad y de esta manera no afectar tampoco la calidad y/o continuidad del servicio, nos vemos obligados a cobrar por este servicio la tarifa estándar para carga fraccionada (...)"

47. Asimismo, en diversas reuniones con personal de APMT, así como en conversaciones vía telefónica, se comunicó a OSITRAN que los servicios de re-estiba de carga rodante, re-estiba de carga fraccionada y uso de barreras de contención vienen siendo prestados por APMT a los usuarios que lo solicitan.
48. De otro lado, los cuatro servicios materia del presente análisis han venido prestándose en el Terminal Norte desde antes de su entrega en concesión, tal



como puede observarse de una revisión del tarifario de la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU)¹²:

"Art. 301 Servicios Regulados
(...)

b. Uso de Muelle

3. La Carga movilizada entre bodegas de la nave que utilice los muelles del Terminal, estará sujeta al pago de las tarifas establecidas en el presente Tarifario para la Carga de Transbordo.
(...)

Art. 302 Servicios No Regulados
(...)

n. Carga movilizada entre bodegas de la Nave.

La Carga Movilizada entre Bodegas de la Nave se sujetará a las condiciones y tarifas establecidas para la Carga de Comercio Internacional.
(...)

r. Uso de barreras de contención.

El cobro se aplica cuando el Terminal proporcione el uso de barreras de contención en operaciones de embarque y descarga de sustancias líquidas y/o mercancías líquidas peligrosas.
(...)"

49. Como puede apreciarse, los cuatro (04) servicios materia del presente análisis han venido prestándose en el Terminal Norte antes y después de su entrega en concesión¹³; es decir, no son prestados por primera vez a los usuarios en el terminal. En ese sentido, se concluye que dichos servicios especiales no constituyen servicios nuevos, de acuerdo a lo establecido en el RETA de OSITRAN, razón por la cual queda por analizar si nos encontramos o no frente a servicios especiales no previstos en el Contrato de Concesión.

Lo establecido en el Contrato de Concesión

50. A efectos de determinar si los servicios materia del presente análisis se encuentran o no previstos en el Contrato de Concesión, a continuación se procederá a analizar las cláusulas del Contrato relacionadas con los servicios que la empresa concesionaria está facultada a prestar.
51. Al respecto, la Cláusula 1.23.97 del Contrato de Concesión del Terminal Norte define los "Servicios" que el concesionario está facultado a prestar en el marco del Contrato, los cuales se dividen en Servicios Estándar y Servicios Especiales.
52. La Cláusula 8.19 del Contrato establece el alcance de los Servicios Estándar:

"8.19 SERVICIOS ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas

¹² Tarifario vigente a partir del 01.03.2011, Versión N° 19 - Marzo 2011.

¹³ Cabe agregar que, el hecho que APMT cobre o no lo que efectivamente corresponda por servicio, no significa que dicho servicio no esté siendo prestado en el Terminal Norte.



necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de la descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo con lo establecido en el Literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

Los Servicios Estándar se dividen en:

- a. Servicios en función a la Nave
- b. Servicios en función a la Carga

(...)"

[El subrayado es nuestro]

53. De otro lado, la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión establece el alcance de los Servicios Especiales:

"8.20. SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente lo Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5.

(...)"

54. Es decir, deberá determinarse para cada uno de los cuatro (04) servicios materia del presente análisis, si se encuentran o no bajo el alcance del Servicio Estándar, o si están listados, o no, como Servicios Especiales en los Anexos 5 o 22 del Contrato de Concesión.

i) Uso de barrera de contención

55. De acuerdo a lo manifestado por la empresa concesionaria, la barrera de contención es utilizada en las operaciones de embarque/descarga de carga líquida a granel. Al respecto, la Cláusula 8.19 del Contrato establece lo siguiente:

"8.19 SERVICIO ESTÁNDAR
(...)"

b. SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de la Infraestructura y Equipamiento Portuaria requerido del Terminal Norte Multipropósito.

(...)"



En el caso de la carga líquida a granel, el Servicio Estándar incluye:
i) las actividades de estiba o desestiba, descarga/embarque, de ser el caso,
ii) pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información y
iii) el uso de infraestructura (uso de muelle).

(...)"

56. Como puede apreciarse, los Servicios Estándar incluyen todas las actividades portuarias consideradas necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o desembarque de la carga, y que comprenden desde el arribo de la nave al terminal hasta el retiro de la carga por parte de su dueño, y viceversa en el caso de embarque. Para tales efectos, deberá utilizarse la infraestructura y el equipamiento portuario del Terminal Norte.
57. Siguiendo ese orden de ideas, si bien no se menciona explícitamente a la barrera de contención en el alcance del Servicio Estándar para carga líquida a granel, ésta podría ser considerada como un equipamiento portuario necesario para embarcar o descargar la carga líquida, con lo cual su uso podría ser considerado como parte del servicio estándar.
58. Cabe agregar que este mismo servicio es materia de un procedimiento de interpretación de oficio del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paíta (TPP), debido a que tampoco se menciona de manera explícita en dicho Contrato. En efecto, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2012-CD-OSITRAN, se inició el procedimiento de interpretación de oficio de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del TPP, con la finalidad de determinar si el servicio de uso de barreras de contención forma parte del servicio estándar o no.
59. De otro lado, en los Anexos 5 y 22 del Contrato de Concesión referidos a servicios especiales con tarifa y con precio, respectivamente, no se precisa ningún servicio relacionado al uso de barreras de contención para atender las cargas líquidas a granel.
60. En consecuencia, debido a que no queda claro de la redacción del Contrato de Concesión del Terminal Norte, si el servicio de uso de barrera de contención es un Servicio Estándar o Especial y, con la finalidad que el Regulador sea consistente en su actuar respecto de servicios similares en todas las infraestructuras portuarias concesionadas, se recomienda: No iniciar el procedimiento de fijación de tarifa del servicio "uso de barrera de contención" y, en su lugar, DISPONER el inicio del procedimiento de INTERPRETACIÓN DE OFICIO, con el objeto de determinar si el servicio "uso de barrera de contención" forma o no parte del servicio estándar.

De esta manera, ante la eventualidad que se interprete que nos encontramos frente a un Servicio Especial, y luego del correspondiente análisis de procedencia, se deberá disponer el inicio del procedimiento de fijación tarifaria.

ii) Re-estiba de carga rodante y re-estiba de carga fraccionada

61. El Anexo 5 del Contrato de Concesión, respecto al Régimen Tarifario, establece la estructura y el nivel tarifario, tanto para los servicios estándar como para los servicios especiales con tarifa. Respecto a los servicios especiales con tarifa, se lista los siguientes servicios especiales con tarifa:



"Servicios Especiales con Tarifa:

Concepto	Definición	Unidad	Tarifas máximas (US\$)
(...)	(...)	(...)	(...)
OPERACIONES A LA NAVE			
Re-estibas en bodega	Re-estiba simple de un <u>contenedor</u> , de bodega a la misma bodega de la Nave con equipo del Terminal, sin que implique transferencia temporal al Patio de contenedores	Contenedor (20')	0.00
		Contenedor (40')	0.00
Re-estibas vía muelle	Re-estiba de un <u>contenedor</u> que requiere transferencia al patio, debido a las operaciones que deben llevarse de reposicionamiento de contenedores en la Nave con equipo del Terminal. En dicho caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá informar que la operación se llevará a cabo de este modo.	Contenedor (20')	0.00
		Contenedor (40')	0.00

(...)"

62. De otro lado, el Anexo 22 no hace referencia alguna a los servicios de re-estiba de carga rodante y re-estiba de carga fraccionada.
63. Por lo tanto, como puede apreciarse, el Contrato de Concesión sólo previó los servicios de re-estiba de contenedores, con lo cual se concluye que los servicios especiales de "re-estiba de carga rodante" y "re-estiba de carga fraccionada" no fueron previstos en el Contrato de Concesión, razón por la cual deberá continuarse con el análisis de procedencia para determinar el inicio de procedimiento de fijación tarifaria.

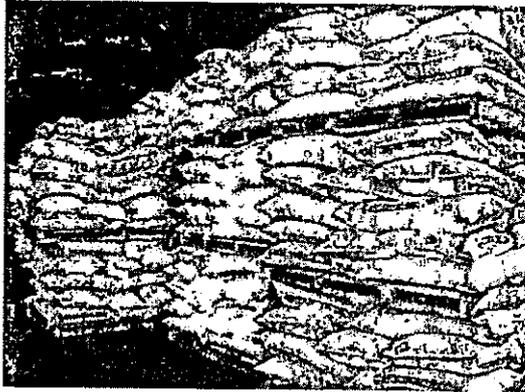
iii) Embarque/descarga de carga de proyecto

64. Respecto a la carga de proyecto, la empresa concesionaria señala que dicho servicio es diferente a la carga fraccionada, pues la primera requiere de un tratamiento especial debido a que se trata de carga con pesos y medidas no estándares (sobredimensionada). En concreto, para embarcar/descargar carga de proyecto se requiere de un mayor número de estibadores, equipamiento complementario, mayor tiempo de operación, entre otros, en comparación con el embarque/descarga de carga fraccionada que sí está previsto en el Contrato de Concesión.
65. Otra característica que permitiría distinguir entre la carga fraccionada y la carga de proyecto es que, la primera implica la movilización de la carga en términos de una unidad mínima estandarizada, y que se efectúa varias veces (visto como la suma de las unidades mínimas de embarque/descarga). A manera de ejemplo, podemos mencionar el caso de la harina de pescado que se embarca o descarga en empaques de 20 ó 25 sacos de 50 kilos cada uno, el nitrato de amonio en bolsones de aproximadamente 1 TM, paquetes de fierros de construcción, entre otros.
66. En tanto, la carga de proyecto implica la movilización de una sola unidad de carga o muy pocas unidades, y que pueden variar una a otra debido a las dimensiones de la carga. Por ejemplo, como carga de proyecto se tiene a los

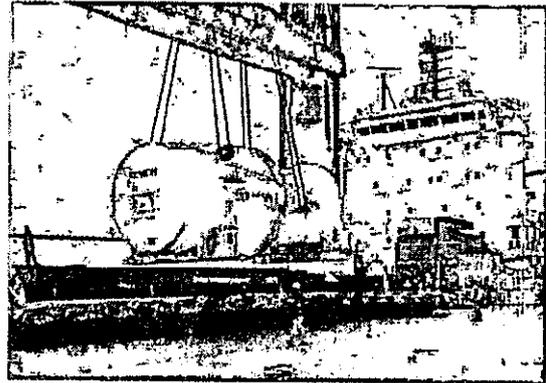


helicópteros, tanques, tuberías, etc. Las siguientes figuras muestran la diferencia en volumen y/o peso entre la carga fraccionada y la carga de proyecto.

**FIGURA 2:
CARGA FRACCIONADA Y CARGA DE PROYECTO**



a) Carga fraccionada



b) Carga de proyecto

67. De otro lado, la empresa concesionaria también manifiesta que el Contrato de Concesión sí realiza una distinción entre una carga estándar y una sobredimensionada, pero sólo para el caso de la carga en contenedores. En efecto, la Cláusula 8.19, referido al alcance del Servicio Estándar, establece las actividades que incluye el servicio estándar para carga en contenedores (entendiéndose como los contenedores ISO); mientras que en el Anexo 5 se incorporó el servicio especial de carga/descarga y entrega de contenedores no ISO o contenedores OOG, cuya definición es la siguiente:

*"Carga/descarga y entrega no ISO/OOG (Adicional) Contenedor
Servicio de carga/embarque y entrega de contenedores no ISO/OOG/Overweight (OOG - Out of Gauge, fuera de medidas), contenedores que no tienen las medidas estándar ISO (20', 40', 45',...), bien la carga sobresale del contenedor, o tiene sobrepeso por encima del permitido. En dichos casos pueden acoplarse slings y otros mecanismos para cargar y descargar y requieren equipamiento especial y/o intervención manual."*

68. Como puede apreciarse, el Contrato de Concesión permite la distinción entre una carga estándar y una sobredimensionada sólo para carga en contenedores, no realizándose dicha distinción para los otros tipos de carga; ello debido a que no se lista nada al respecto en los Anexos 5 y 22 –referidos a los Servicios Especiales con Tarifa y con Precio, respectivamente–. En adición, es claro que la carga de proyecto implica la movilización de una carga sobredimensionada –en comparación con la carga fraccionada–, por lo que se concluye que el servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto" no está previsto en el Contrato de Concesión y, por ende, deberá continuarse con el análisis de procedencia para determinar el inicio de procedimiento de fijación tarifaria¹⁴.

¹⁴

Cabe precisar que, siguiendo lo establecido en el Contrato de Concesión respecto a la característica especial del servicio de embarque/descarga de contenedores OOG, el servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" implicaría un cobro adicional a la tarifa por el servicio estándar a la carga fraccionada.



IV.3. Respecto al análisis de condiciones de competencia

69. En la sección V.2. se precisó que de los cuatro servicios especiales, sólo tres serían materia del inicio de procedimiento de fijación tarifaria, toda vez que respecto del servicio "uso de barrera de contención" corresponderá que se inicie un procedimiento de interpretación con el objeto de determinar si nos encontramos frente a un servicios estándar o uno especial. De esta manera, el resto del análisis del inicio de procedimiento de fijación tarifaria se efectuará respecto de los tres servicios especiales restantes.
70. De acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, OSITRAN podrá fijar tarifas de los Servicios Especiales nuevos o no previstos en el Contrato de Concesión, previo pronunciamiento del INDECOPI respecto de la existencia de condiciones de competencia de los referidos servicios.
71. Con relación al servicio especial de "re-estiba de carga rodante", INDECOPI, mediante Informe N° 161-2011/GEE, concluye lo siguiente:

"IV. CONCLUSIONES

(...)

- Considerando la definición de mercado relevante y el hecho que el paquete de servicios no tiene sustitutos adecuados a nivel inter-portuario ni intra-portuario, se observa que no existen condiciones de competencia en su prestación.
- En consecuencia, esta Gerencia considera que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio denominado "Re-estiba de Carga Rodante" que consiste en:
 - La re-estiba vía nave, que incluye la movilización de la carga ubicada en la bodega hacia otro lugar de la bodega o de la nave, sin que esto implique transferencia temporal a la zona de almacenamiento; y
 - La re-estiba vía muelle, que incluye la movilización de la carga desde la nave hacia el muelle para su posterior reposicionamiento en la nave."

[El subrayado y negrillas son nuestros]

72. Respecto al servicio especial de "re-estiba de carga fraccionada", INDECOPI, mediante Informe N° 160-2011/GEE, concluye lo siguiente:

"IV. CONCLUSIONES

(...)

- Considerando la definición de mercado relevante y el hecho que el paquete de servicios no tiene sustitutos adecuados a nivel inter-portuario ni intra-portuario, se observa que no existen condiciones de competencia en su prestación.
- En consecuencia, esta Gerencia considera que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio denominado "Re-estiba de carga fraccionada" que consiste en:
 - La re-estiba vía bodega, que incluye la movilización de la carga ubicada en la bodega hacia otro lugar de la bodega o de la nave, sin que esto implique transferencia temporal a la zona de almacenamiento; y
 - La re-estiba vía muelle, que incluye la movilización de la carga desde la nave hacia el muelle para su posterior reposicionamiento en la nave."

[El subrayado y negrillas son nuestros]



73. Finalmente, respecto al servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto", el INDECOPI, mediante Informe N° 043-2011/ST-CLC-INDECOPI, concluye lo siguiente:

"IV. CONCLUSIONES

(...)

- *Este servicio forma parte del paquete de servicios constituido por el servicio estándar de embarque/descarga de carga fraccionada y el servicio denominado embarque/descarga de carga de proyecto existe un alto nivel de complementariedad entre los servicios que son parte de este paquete, por lo que esta Secretaría Técnica considera que la definición del mercado relevante y el análisis de las condiciones de competencia del servicio denominado embarque/descarga de carga de proyecto no deben realizarse respecto de este servicio individual sino respecto del paquete.*
- *Considerando que los consignatarios no tienen una fuente alternativa de aprovisionamiento dentro del mercado relevante, no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio denominado embarque/descarga de carga de proyecto.*

(...)"

[El subrayado y negrillas son nuestros]

74. De esta forma, de acuerdo al pronunciamiento del INDECOPI, podemos concluir que los tres (03) servicios especiales materia del presente análisis no se prestan en condiciones de competencia, razón por la cual corresponde a OSITRAN determinar la estructura y el nivel tarifario, así como los términos y/o condiciones, que deberá aplicar la empresa concesionaria para la prestación de dichos servicios especiales.

75. En resumen, los tres servicios especiales materia de análisis, son servicios: a) que se encuentran bajo el ámbito de competencia de OSITRAN; b) no previstos en el Contrato de Concesión; y, c) respecto de los cuales INDECOPI ha determinado que no son prestados en condiciones de competencia.

76. De esta manera, podemos señalar que:

- (i) Con relación a los servicios de: a) re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle; b) re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle; y, c) embarque/descarga de carga de proyecto, se cumple con los requisitos establecidos por el Contrato de Concesión y el RETA, para proceder con el inicio del procedimiento de fijación tarifaria.
- (ii) Con relación al servicio de "uso de barrera de contención", deberá procederse a iniciar un procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión con el objeto de determinar si dicho servicio constituye o no parte del servicio estándar.

77. En consecuencia, por lo expuesto anteriormente, corresponde que OSITRAN inicie DE OFICIO el procedimiento de fijación tarifaria exclusivamente respecto de los siguientes servicios:

- Re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle.



- Re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle.
- Embarque/descarga de carga de proyecto.

VI. METODOLOGÍA A UTILIZARSE PARA LA FIJACIÓN TARIFARIA

78. En la sección anterior, se ha concluido que debe iniciarse el procedimiento de fijación tarifaria de tres (03) servicios especiales. Debido a ello, y con la finalidad de otorgar predictibilidad respecto de la metodología que aplicará OSITRAN en el procedimiento de fijación tarifaria, a continuación se analizará la propuesta de metodología a utilizar para tales efectos.
79. El Artículo 19 del RETA, referido a las "Metodologías para la fijación y revisión tarifaria", lista las siguientes metodologías:

"Artículo 19. Metodologías para la fijación y revisión tarifaria

Corresponde al OSITRAN establecer la metodología en base a la cual se realizará la propuesta de fijación y revisión tarifaria.

En caso de iniciarse un procedimiento de fijación tarifaria la propuesta podrá sustentarse en la aplicación de cualquiera de las metodologías listadas a continuación, las cuales tienen el carácter meramente enunciativo:

1. Costos incrementales
 2. Costo marginal de largo plazo
 3. Costos totalmente distribuidos
 4. Disposición a pagar
 5. Tarifación comparativa (Benchmarking)
 6. Empresa modelo eficiente
 7. Costo de servicio
- (...)"

80. La APN, en su propuesta de tarifas máximas¹⁵, utilizó la metodología de Tarifación Comparativa o *Benchmarking*. Sobre dicha metodología, el Anexo I del RETA señala lo siguiente:

"I. METODOLOGÍAS PARA LA FIJACIÓN Y REVISIÓN TARIFARIA

I.1. Principales Metodologías de Fijación Tarifaria Costos Incrementales

(...)

¹⁵ La APN propone las siguientes tarifas máximas:

Servicio	Unidad de cobro	Tarifa Propuesta ¹⁵ (US\$)
Re-estiba carga fraccionada a bordo	Tonelada	9.64
Re-estiba carga fraccionada vía muelle	Tonelada	19.47
Embarque/descarga de carga de proyecto	Tonelada o m3	42.67
Uso de barreras de contención	Día / fracción	296.00
Re-estiba carga rodante a bordo	Tonelada	11.36
Re-estiba carga rodante vía muelle	Tonelada	22.73

Fuente: Informe N° 004-2012-APN/DIPLA/RGH



Tarifación comparativa (benchmarking)

Consiste en determinar las tarifas a partir de comparaciones relevantes entre los costos o tarifas de infraestructuras con otras de características similares a la que se desea tarifar. Algunas veces las características entre una infraestructura y otra son diferentes, lo que puede afectar la comparación. Diferencias como el marco regulatorio, la base impositiva, el tipo de moneda de cobro, el empaquetamiento o no de los servicios, políticas tarifaria, riesgo regulatorio, entre otros, pueden reducir la confiabilidad de una comparación tarifaria. Sin embargo, su utilidad sigue siendo válida, por el menor costo y rapidez, más aún cuando existe convergencia en la estructura y en los costos logísticos en el ámbito internacional. Bajo esta metodología se puede medir el impacto relativo que ejercen los costos de la infraestructura sobre el costo logístico."

[El subrayado es nuestro]

81. El RETA señala que para utilizar esta metodología es necesario comparar infraestructuras que posean características similares, como por ejemplo el marco regulatorio. Sobre este punto en particular, debemos agregar que los terminales portuarios utilizados por la APN para efectuar las comparaciones, consideran a los servicios especiales materia del presente análisis como servicios no regulados (ver Cuadro 2); mientras que, en el caso de APMT, estos mismos servicios serán sujetos a regulación tarifaria por los motivos antes expuestos.¹⁶

**CUADRO 2:
MARCO REGULATORIO DE LOS SERVICIOS ESPECIALES MATERIA DE ANÁLISIS
EN OTROS TERMINALES PORTUARIOS COMPARABLES**

Servicio Especial	Contecon Guayaquil (Ecuador)	San Vicente Terminal Internacional	San Antonio Terminal Internacional	Iquique Terminal Internacional	Terminal Puerto de Arica	Terminales Portuarios Euroandinos
Reestiba de Carga Fraccionada (a Bordo)	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado
Reestiba de Carga Fraccionada (vía Muelle)	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado	No Regulado
Reestiba de Carga Rodante (a Bordo)	No Regulado	n.d.	n.d.	No Regulado	n.d.	No Regulado
Reestiba de Carga Rodante (vía Muelle)	No Regulado	n.d.	n.d.	No Regulado	n.d.	No Regulado
Embarque / Descarga de carga de proyecto	n.d.	No Regulado	No Regulado	n.d.	No Regulado	No Regulado

n.d.: no disponible

Fuente: páginas web de las empresas de los terminales portuarios

82. El hecho que los servicios materia del presente análisis, no sean regulados en los terminales portuarios de la muestra es de suma importancia. Ello, debido a que no se tiene certeza si esos servicios en los otros terminales son prestados en condiciones de competencia o no y, por tanto, si sus tarifas están orientadas a costos o no.

¹⁶

Cabe agregar que la propuesta de la APN tampoco menciona si los terminales portuarios materia del *benchmarking*, poseen otras características diferentes que afecten dicha comparación (p.e. diferentes base impositiva, políticas tarifarias o riesgo regulatorio).

R. VÉLEZ
ASESOR LEGAL

OSITRAN
VºBº
A. RODRIGUEZ
ASESOR LEGAL

OSITRAN
VºBº
ANÁLISIS DE REGULACIÓN

OSITRAN
VºBº
GERENTE DE REGISTRO

83. En caso esos servicios en los otros terminales no sean prestados en condiciones de competencia¹⁷, entonces es muy probable que las tarifas de esos servicios en los otros terminales se encuentren por encima de costos y, por lo tanto, las empresas concesionarias tendrían beneficios económicos mayores a cero en la prestación de tales servicios.
84. Teniendo en consideración lo anterior, no sería apropiado utilizar la metodología de *Benchmarking* a efectos de fijar las tarifas para los servicios materia del presente análisis, pues se estaría comparando terminales portuarios que no poseen características similares y, por ende, se estaría contradiciendo lo señalado por la teoría de la regulación económica, en el extremo de que la empresa regulada debe obtener rentas económicas iguales a cero.
85. En ese sentido, a continuación mencionaremos algunas cláusulas del Contrato de Concesión que nos permite dilucidar cuál podría ser una adecuada metodología de fijación tarifaria de servicios especiales.
86. La Cláusula 1.23.75. del Contrato de Concesión, define a las "Obras" como "... el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario correspondientes al Terminal Norte Multipropósito, que serán ejecutados o instalados por la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la vigencia de la Concesión..."
87. Por su parte, la Cláusula 8.1. del Contrato de Concesión, referido a los "Derechos y Deberes de la Sociedad Concesionaria", señala lo siguiente:

"La explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. (...). (...)"

88. De otro lado, el Anexo 5 del Contrato de Concesión, establece las tarifas que la empresa concesionaria está facultada a cobrar por la prestación de los servicios estándar y los servicios especiales con tarifa. Es decir, los ingresos por tarifas deberían permitir que la empresa concesionaria recupere todas sus inversiones en las Obras, así como los costos de operación y mantenimiento de los servicios estándar y los servicios especiales con tarifa.
89. De esta forma, los costos en obras y equipamiento portuario para la prestación de un servicio nuevo o un servicio no previsto en el Contrato de Concesión, no estarían contemplados en los niveles tarifarios establecidos en el Anexo 5 y por ende debería fijarse la tarifa para ese servicio nuevo en función a los costos adicionales en los que se incurre para su prestación. Esta es precisamente la definición de la metodología de costos incrementales, descrita en el Anexo I del RETA.
90. De manera complementaria podemos mencionar que la Cláusula 8.28 del Contrato de Concesión, referida al "Equilibrio Económico-Financiero", establece

¹⁷ Si en el Terminal Norte esos servicios no son prestados en condiciones de competencia, entonces también podría decirse que existen algunos indicios de que ello también puede ocurrir en los otros terminales portuarios de características similares y que fueron considerados en el *Benchmarking*.



un mecanismo para restablecer el equilibrio económico-financiero del Contrato de Concesión ante cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables. Asimismo, señala que "... el equilibrio será reestablecido siempre que las condiciones anteriores [cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables] hayan tenido implicancias en la variación de ingresos o la variación de costos, o ambos a la vez, relacionados a los Servicios Estándar...". Es decir, se estaría indicando que las inversiones en las Obras deberían ser recuperadas con las tarifas por los servicios estándar; mientras que las tarifas o precios por la prestación de los servicios especiales deberían ser equivalentes a los costos adicionales que implica su prestación.

91. En consecuencia, para la fijación tarifaria de los tres (03) servicios especiales materia del presente procedimiento, el Regulador utilizará la metodología de costos incrementales.

VII. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE TARIFA PROVISIONAL PARA EL SERVICIO DE EMBARQUE/DESCARGA DE CARGA DE PROYECTO

92. Mediante Carta N° 057-2012-APMT/GC, la empresa concesionaria solicita a OSITRAN la fijación de una tarifa provisional para el servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" mientras dure el procedimiento de fijación tarifario definitivo; ello con la finalidad de no perjudicar la operatividad ni la calidad y/o continuidad del servicio.

93. Al respecto, el Artículo 20 del RETA, establece lo siguiente:

"Artículo 20. Tarifa Provisional

20.1. En el proceso de fijación de tarifas de servicios nuevos, el OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales con el fin de permitir la prestación del servicio en beneficio de los usuarios en tanto finalice el procedimiento de fijación tarifaria definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del presente Reglamento.

20.2. Excepcionalmente, el OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales en aquellos procedimientos de fijación o revisión tarifaria, en que se sustente y acredite debidamente la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, y que puedan afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el periodo de fijación o durante los periodos posteriores a la culminación del proceso de fijación o revisión tarifaria."

94. Como puede apreciarse, el RETA establece dos situaciones bajo las cuales el OSITRAN puede fijar una tarifa provisional: (i) cuando se trate de un proceso de fijación tarifaria de servicios nuevos; y, (ii) cuando hayan ocurrido hechos o eventos de fuerza mayor y éstos afecten la calidad y/o continuidad del servicio.

95. En la primera situación, la fijación de una tarifa provisional resulta necesaria debido a que el usuario se beneficiaría de la prestación de un servicio nuevo –en comparación a su no prestación– si es que el concesionario está dispuesto a prestar ese servicio nuevo y, para que esto último ocurra, es necesario que se fije una tarifa provisional que permita recuperar los costos de su prestación. Es decir, si OSITRAN no fija una tarifa provisional, el servicio nuevo no se prestaría y el usuario no se beneficiaría de su prestación.

96. Esta situación, como se ha mencionado en la sección V.2., no ha ocurrido en el Terminal Norte puesto que el servicio de embarque/descarga de carga de



proyecto no es considerado un servicio nuevo, de acuerdo a lo establecido en el RETA.

97. En cuanto a la segunda situación, primero debe demostrarse que haya ocurrido un evento de fuerza mayor o que no haya sido previsto, como por ejemplo un terremoto y que la ocurrencia de este evento pueda comprometer la calidad y/o continuidad de la prestación del servicio. Esto es, que como resultado del terremoto, por ejemplo, se haya destruido la infraestructura y sea necesaria la fijación de una tarifa provisional de manera inmediata, para que la empresa concesionaria pueda recuperar los costos adicionales de la reconstrucción de la infraestructura pues, en caso contrario, se pondría en riesgo la continuidad del servicio.
98. Sobre el particular, debemos mencionar que la empresa concesionaria, en su solicitud de fijación de tarifa provisional, no ha acreditado la ocurrencia de ningún evento o hecho de fuerza mayor. Por el contrario, sólo se ha limitado a señalar que el servicio de embarque/descarga de carga de proyecto viene siendo prestado pero que cobra como si fuera un servicio estándar para carga fraccionada, lo cual significaría, según lo manifestado por la propia empresa concesionaria, que viene cobrando un monto por debajo de sus costos.
99. Según la empresa concesionaria, lo anterior se debe a que para la prestación del servicio de embarque/descarga de carga de proyecto se requiere de un mayor número de estibadores, equipo complementario, entre otros, en comparación con el requerido para la prestación de un servicio estándar para carga fraccionada. Este mayor requerimiento de insumos para su prestación podría perjudicar la calidad y/o continuidad del servicio.
100. Cabe agregar que esta supuesta afectación de la calidad y/o continuidad del servicio no es como consecuencia de la ocurrencia de un hecho o evento de fuerza mayor, tal y como lo señala el RETA, sino a hechos que pudieron ser previstos u observados por la empresa concesionaria durante el procedimiento de concurso de proyectos integrales para la concesión del Terminal Norte. En ese sentido, queda claro que no se cumple con la excepcionalidad para que OSITRAN fije una tarifa provisional para la prestación del servicio de embarque/descarga de carga de proyecto.
101. Por lo tanto, considerando que el servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" no es un servicio nuevo, de acuerdo a lo establecido en el RETA, y que la empresa concesionaria no ha demostrado que hayan ocurrido eventos o hechos de fuerza mayor, que afecten la calidad y/o continuidad del servicio, se concluye que no procede la solicitud de fijación de tarifa provisional para el servicio especial mencionado.

VIII. CONCLUSIONES

102. El Contrato de Concesión establece en su Cláusula 8.23 las actuaciones preparatorias necesarias para el inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria, en caso la agencia de competencia concluya que no existen condiciones de competencia.
103. Los servicios especiales analizados son servicios derivados de la explotación de la infraestructura portuaria y, por lo tanto, se encuentran bajo el ámbito de competencia de OSITRAN. En virtud de ello, el Organismo Regulador podrá fijar



las tarifas correspondientes, si: (i) se demuestra que dichos servicios constituyen un servicio nuevo (conforme a lo establecido en el RETA) o, de ser el caso, se tratan de servicios especiales no previstos en el Contrato de Concesión; y, (ii) si los servicios especiales no son prestados en condiciones de competencia.

104. Con relación a si los servicios constituyen un servicio nuevo (conforme a lo establecido en el RETA) o, de ser el caso, se tratan de servicios especiales no previstos en el Contrato de Concesión:

a) Respecto a si nos encontramos frente a un servicio especial nuevo conforme al RETA.

Los cuatro (04) servicios materia del presente análisis han venido prestándose en el Terminal Norte antes y después de su entrega en concesión, es decir, no son prestados por primera vez a los usuarios en el terminal; en ese sentido, se concluye que dichos servicios especiales no constituyen servicios nuevos, de acuerdo a lo establecido en el RETA.

b) Respecto a si nos encontramos ante un servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión.

- Servicio de "uso de barrera de contención"

No queda claro de la redacción del Contrato de Concesión del Terminal Norte, si el servicio de uso de barrera de contención es un servicio estándar o especial

- Servicio de "re-estiba de carga rodante" y "re-estiba de carga fraccionada"
El Contrato de Concesión sólo previó los servicios de re-estiba de contenedores, con lo cual se concluye que los servicios especiales de "re-estiba de carga rodante" y "re-estiba de carga fraccionada" no fueron previstos en el Contrato de Concesión.

- Servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto"

El Contrato de Concesión permite distinguir entre una carga estándar y una sobredimensionada sólo para carga en contenedores, no realizando dicha distinción para los otros tipos de carga; ello, debido a que no se lista nada al respecto en los Anexos 5 y 22 del Contrato –referidos a los servicios especiales con tarifa y con precio, respectivamente–. En adición a ello, es claro que la carga de proyecto implica la movilización de una carga sobredimensionada –en comparación con la carga fraccionada–, por lo que se concluye que el servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto" no está previsto en el Contrato de Concesión.

Como puede observarse, sólo tres (03) servicios especiales (servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto", servicios especiales de "re-estiba de carga rodante" y "re-estiba de carga fraccionada"), no se encuentran previstos en el Contrato de Concesión; no obstante, debemos precisar que los mismos han venido prestándose desde antes de la entrega en concesión del Terminal Norte.

105. Con relación al análisis de competencia.

Mediante Informes N° 160, 161, 162-2011/GEE y 043-2011/ST-CLC-INDECOPI, la agencia de competencia ha concluido que los tres (03) servicios especiales:



servicio especial de "embarque/descarga de carga de proyecto", servicios especiales de "re-estiba de carga rodante" y "re-estiba de carga fraccionada", no son prestados en condiciones de competencia en el Terminal Norte.

106. Respecto de la propuesta tarifaria presentada por la APN y del inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria.

En el caso concreto del Oficio N°268-2012-APN/GG y documento anexos, presentado por la APN, al no ser ésta una entidad prestadora, conforme a lo dispuesto por el Art. 17 del RETA, dicho documento no podrá ser considerado como una solicitud de inicio A PEDIDO DE PARTE del procedimiento de fijación tarifaria sino como un informe administrativo, conforme a las disposiciones contenidas en el Artículo 171 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que coadyuvará al inicio y tramite del procedimiento que se inicie DE OFICIO por OSITRAN.

En ese sentido, siendo que la empresa concesionaria no ha solicitado el inicio del procedimiento de fijación tarifaria y teniendo en consideración que, conforme a lo informado por INDECOPI (Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI y documentos anexos), existe demanda en la prestación de los servicios materia del presente documento, corresponde que la prestación de los mismos por parte de la empresa concesionaria, estén vinculados a una contraprestación por parte de los usuarios pues, de lo contrario, la concesionaria no tendrá incentivos para efectuar o continuar con su prestación.

En consecuencia, corresponde que OSITRAN inicie DE OFICIO el procedimiento de fijación tarifaria de los siguientes servicios: re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle; re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle; y, embarque/descarga de carga de proyecto.

107. La metodología a utilizarse para la fijación de tarifas de los servicios especiales mencionados es la de Costos Incrementales, toda vez que en una metodología de *Benchmarking*, los servicios materia del presente análisis no se encuentran sujetos a una regulación tarifaria en otros terminales comparables y, por ende, no se conoce si sus tarifas están orientadas a costos o no.

108. No procede la solicitud de fijación de tarifa provisional presentada por la concesionaria, debido a que el servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto" no es un servicio nuevo, de acuerdo a lo establecido en el RETA de OSITRAN, siendo que además, APMT no ha acreditado la ocurrencia de evento o hecho de fuerza mayor, que puedan afectar la calidad y/o continuidad de los servicios durante el periodo de fijación, puesto que dichos hechos o eventos pudieron ser observados o previstos por la empresa concesionaria durante el procedimiento de concurso de proyectos integrales para la concesión del Terminal Norte.

109. Finalmente, con relación al servicio de "uso de barrera de contención" en el Contrato de Concesión de Muelle Norte, teniendo en cuenta que mediante Resolución N° 015-2012-CD-OSITRAN se inició el procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, con la finalidad de determinar si el servicio de "uso de barreras de contención" en dicho terminal forma parte del servicio estándar o no; somos de la opinión, que en el presente caso se disponga también el inicio



del procedimiento de interpretación DE OFICIO, con el objeto de determinar si el servicio "uso de barrera de contención" en el Muelle Norte forma o no parte del servicio estándar, ello con el fin de que el Regulador sea consistente en su actuar respecto de servicios similares en las diferentes infraestructuras portuarias concesionadas.

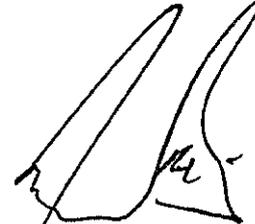
Así, ante la eventualidad que se interprete que nos encontramos frente a un servicio especial, y luego del correspondiente análisis de procedencia, se deberá disponer recién el inicio del procedimiento de fijación tarifaria.

IX. RECOMENDACIONES

- (i) Remitir el presente informe para la aprobación del Consejo Directivo, con el objeto que dicho cuerpo colegiado:
 - (i) Disponga el inicio DE OFICIO del procedimiento de fijación tarifaria de los servicios espaciales de: "embarque/descarga de carga de proyecto", "re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades" y "re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades", prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
 - (ii) Declare IMPROCEDENTE la solicitud de fijación de tarifa provisional para la prestación del servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, presentada por APM Terminals Callao S.A.
 - (iii) Disponga el inicio del procedimiento de interpretación DE OFICIO de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, con el objeto de determinar si el servicio "uso de barrera de contención", forma o no parte del servicio estándar.

Atentamente,


Renzo Rojas Jiménez
Gerente de Regulación (e)


Roberto Vélez Salinas
Gerente de Asesoría Legal


Jorge Li Ming Chaman
Analista de Regulación


Antonio Rodríguez Martínez
Asesor Legal I

Proyecto de RCD Inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº ~~XX~~ 2012-CD-OSITRAN

Lima, ~~XX~~ de mayo de 2012

VISTO:

El Informe N°005-12-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 24 de mayo de 2012 emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN de fecha 23 de setiembre del año 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, que fuera modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y Resolución de Consejo Directivo N° 003-2012-CD-OSITRAN;

Que, el artículo 10° en concordancia con el artículo 11° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA), establece que en el caso que los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de uso público, no se realicen en condiciones de competencia en el mercado, será de aplicación el régimen tarifario regulado;

Que, el 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión establece el mecanismo que deberá ser atendido por la concesionaria antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, mismo que se inicia con la presentación de los servicios ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI para que esta entidad se pronuncie respecto de la existencia de condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la solicitud no están sometidos a régimen de regulación económica;

Que, mediante Oficios s/n de los días 11, 14 y 22 de julio del 2011, la empresa APM Terminals Callao S.A. solicitó a la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los denominados servicios especiales "uso de barrera de contención", "embarque/descarga



Proyecto de RCD Inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria

de carga de proyecto", "reestiba de carga fraccionada" y "reestiba de carga rodante", ambos en sus dos modalidades: a bordo y vía muelle;

Que, mediante los Informes N°s 160, 161, 162-2011/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos, y el Informe N° 043-2011/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, remitidos el 24 de octubre del 2011, mediante Carta N° 506-2011/PRE-INDECOPI, dicha entidad señala que los denominados 4 servicios especiales referidos en los considerandos precedentes no son prestados en condiciones de competencia;

Que, mediante Oficio N° 268-2012-APN/GG, del 06 de febrero de 2012, la Autoridad Portuaria Nacional remitió al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN el Informe N° 004-2012-APN/DIPLA/RGH que contiene su propuesta de tarifas máximas para los 4 servicios especiales que no son prestados en condiciones de competencia, misma que atendiendo a lo señalado en el Informe de Vistos es considera únicamente como un informe administrativo;

Que, mediante Oficio N° 057-2012-APMT/GC, del 16 de marzo de 2012, la empresa APM Terminals Callao S.A, solicita al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN fije una tarifa provisional para la prestación del servicio especial "embarque/descarga de carga de proyecto", mientras dure el procedimiento de fijación tarifaria definitivo;

Que, el artículo 6° concordado con el artículo 53° del RETA establece que el Consejo Directivo aprobará el inicio del procedimiento de oficio de fijación, revisión o desregulación tarifaria sobre la base del informe elaborado por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal;

Que, el artículo 53° del RETA precisa que el Consejo Directivo establecerá el plazo máximo dentro del cual la Entidad Prestadora podrá presentar su propuesta tarifaria, con el correspondiente estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada;

Que, el artículo 19° del RETA establece que:

"Corresponde a OSITRAN establecer la metodología en base a la cual se realizará la propuesta de fijación y revisión tarifaria.

En el caso de iniciarse un procedimiento de fijación tarifaria la propuesta podrá sustentarse en la aplicación de cualquiera de las metodologías listadas a continuación, las cuales tienen carácter meramente enunciativo:

1. Costos incrementales
 2. Costo Marginal de largo plazo
 3. Costos Totalmente Distribuidos
 4. Disposición a Pagar
 5. Tarifación comparativa (Benchmarking)
 6. Empresa Modelo Eficiente
 7. Costo de Servicio
- (...);



Proyecto de RCD Inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria

Que, asimismo, el artículo 19° del RETA precisa que "[l]a aplicación de las metodologías a que hace referencia el presente artículo se realizará en concordancia con el tipo de infraestructura y la naturaleza del servicio cuya tarifa es materia de fijación o revisión";

Que, en ese sentido, en el Informe de Vistos se ha sustentado que la metodología a utilizarse para la presente fijación tarifaria será la de "Costos Incrementales";

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del Artículo 6 de la Ley N° 27444.

POR LO EXPUESTO, en mérito de las funciones previstas en el numeral i del literal b) del inciso 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917; Ley de Supervisión de la Inversión Privada en la Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; los artículos 28° y 29° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y modificado por los Decretos Supremos N°s 046-2007-PCM y 057-2006-PCM; el artículo 53° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN y Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN, y sobre la base del Informe N° 005-12-GRE-GAL-OSITRAN, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha ~~XX~~ de mayo de 2012;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Disponer el inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria de los servicios espaciales de: "embarque/descarga de carga de proyecto", "re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades" y "re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades", prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la solicitud de fijación de tarifa provisional para la prestación del servicio de "embarque/descarga de carga de proyecto" en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, presentada por APM Terminals Callao S.A.

Artículo Tercero.- Disponer la notificación de la presente resolución, así como el Informe N° 005-12-GRE-GAL-OSITRAN que sustenta el inicio del presente procedimiento de oficio para la fijación de las tarifas de los servicios referidos en el Artículo Primero de la presente Resolución, a la empresa APM Terminals Callao S.A., otorgándole un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación, a fin de que en ejercicio del derecho otorgado en el Artículo 53° de RETA, presente su propuesta tarifaria, con el correspondiente estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada.

Artículo Cuarto.- Disponer la publicación de la presente Resolución, así como del Informe de Vistos, en el diario oficial El Peruano.



Proyecto de RCD Inicio de oficio del procedimiento de fijación tarifaria

Artículo Quinto.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe de Vistos, en la página web institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (www.ositran.gob.pe)

Regístrese, comuníquese y publíquese.

CÉSAR SÁNCHEZ MODENA
Vicepresidente del Consejo Directivo (e) de la Presidencia del Consejo Directivo



Proyecto RCD de inicio de procedimiento de interpretación de oficio

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº XX-2012-CD-OSITRAN

Lima, XX de mayo de 2012

VISTO:

El Informe N°005-12-GRE-GAL-OSITRAN, de fecha 24 de mayo de 2012 emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, por otro lado, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión" (en adelante los Lineamientos).

Que, conforme a lo establecido por el mencionado Lineamiento el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Adicionalmente, dicho Lineamiento establece que pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.

Que, el procedimiento de interpretación deberá ser tramitado como un procedimiento trilateral, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 219 e inciso 1 del artículo 221 (inicio de oficio de procedimiento trilateral) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del Artículo 6 de la Ley N° 27444.

Que, teniendo en consideración que el objeto materia de interpretación involucra intereses de los usuarios, se dispone la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

POR LO EXPUESTO, en virtud de las funciones previstas en el Artículo 53º Literal D) Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-006-PCM, y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha XX de 2012 y sobre la base del Informe N° 005-12-GRE-GAL-OSITRAN,

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Disponer el inicio del procedimiento de interpretación de oficio de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal



Proyecto RCD de inicio de procedimiento de interpretación de oficio

Portuario del Callao, con el objeto de determinar si el servicio "uso de barrera de contención", forma o no parte del servicio estándar.

Artículo Segundo.- Disponer la publicación de la presente resolución, así como del Informe de Vistos, en el diario oficial El Peruano.

Artículo Tercero.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe de vistos, en la página web institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (www.ositran.gob.pe)

Regístrese, comuníquese y publíquese.

CÉSAR SÁNCHEZ MODENA
Vice Presidente del Consejo Directivo
Encargado de la Presidencia de
OSITRAN

