

Resolución de Gerencia General

Nº 004-2008-GG-OSITRAN

Lima, 01 de febrero de 2008

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 003-08-GRE-GAL-OSITRAN, que emite opinión sobre el recurso de reconsideración presentado por la empresa Concesionaria de de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur (NTC), la empresa concesionaria DP World Callao S.A. (DPW); así como los escritos de reconsideración presentados la referida empresa concesionaria;

CONSIDERANDO:

Que, el 23 de septiembre de 2004, mediante Resolución Nº 043-2004-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA);

Que, el 20 de diciembre de 2006, mediante Resolución Nº 082-2006-CD-OSITRAN se aprobó las modificaciones al RETA;

Que, el 24 de julio de 2006 se suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur (NTC), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa concesionaria DP World Callao S.A. (DPW);

Que, el 12 de marzo de 2007, mediante Carta s/n, DPW solicita a la Gerencia General de OSITRAN, que se pronuncie confirmando que el RETA admite la posibilidad de incorporar servicios regulados y no regulados en una misma canasta de servicios;

Que, el 18 de abril de 2007, mediante Oficio Nº 113-07-GG-OSITRAN, se desestima la solicitud de DPW, en base al Informe Nº 022-07-GRE-OSITRAN; estimándose que el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de la NTC, sólo otorga a la empresa Concesionaria la exclusividad en la prestación de los Servicios Estándar; y, que el RETA no permite a las Entidades Prestadoras constituir Canastas de Servicios compuestas por servicios regulados y no regulados;

Que, el 11 de Mayo de 2007, la empresa concesionaria interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Oficio Nº 113-07-GG-OSITRAN, señalado en el numeral precedente;

Que, de conformidad con lo establecido en Numeral 1.20.38 y Numeral 2.5 del contrato de concesión de la NTC, el otorgamiento que ha hecho el Estado (representado por la Autoridad

Portuaria Nacional) al Concesionario, de la exclusividad en la prestación de todos y cada uno de lo “Servicios” (lo que incluye los “Servicios Estándar” y los “Servicios Especiales”); es expreso;

Que, la posibilidad de entregar la exclusividad en los servicios, está contemplada en el Numeral 11.3 del Artículo 11 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), lo cual ha sido recogido en el contrato de concesión de la NTC;

Que, el pronunciamiento de OSITRAN con relación al alcance de la exclusividad en la prestación de servicios que ha otorgado el Estado a DPW, debe ser rectificado, con el fin de adecuarlo a lo establecido de manera expresa en el contrato de concesión;

Que, el contrato de concesión de la NTC no regula la constitución de Canastas de Servicios, sin embargo, esta práctica comercial está permitida al amparo de lo establecido en el RETA, que contempla expresamente la posibilidad de que las Entidades Prestadoras puedan constituir “Canastas de Servicios”;

Que, de acuerdo a las definiciones de “Canasta de Servicios” y “Canastas Regulada de Servicios”, el RETA señala expresamente que en el caso de las “Canastas Reguladas de Servicios” (las que establece OSITRAN para efectos de determinar el factor de productividad), éstas sólo incluyen servicios regulados; en cambio, en el caso de la “Canasta de Servicios” (establecida por la entidad Prestadora en base a su política comercial), no se establece una restricción expresa en cuanto al tipo de servicios que puede comprender, dado que se alude en general a los “servicios derivados de la infraestructura de transporte”, lo que en principio incluye servicios regulados y no regulados;

Que, conforme a una interpretación literal y sistemática del texto del RETA, se debe concluir que en efecto, la norma no establece una restricción en el sentido que la “Canasta de Servicios” sólo puede contener servicios no regulados, por lo que de acuerdo al texto del REMA vigente, la “Canasta de Servicios” que puede constituir DPW puede comprender servicios regulados y no regulados;

Que, sin perjuicio de lo anterior, conforme a la definición de “Servicio Especial” y el Numeral 8.14 (in Fine) del contrato de concesión de la NTC, DPW no podrá condicionar en ningún caso, la prestación de un Servicio Especial a la contratación de un “Servicio Estándar”, ni condicionar la prestación de un “Servicio Estándar” a la aceptación por el usuario de ningún otro servicio o pago adicional;

Que, en virtud de lo anterior, aún cuando la empresa concesionaria *“desarrolla su actuación sobre la base de su autonomía y libre iniciativa privada”*, DPW es una empresa concesionaria sometida a un régimen de regulación económica que les es aplicable, y que delimita y restringe las condiciones de su actuación económica, pues debe cumplir normas de orden público, que priman sobre la autonomía privada;

Que, el régimen de regulación económica a que está sometida DPW otorga a OSITRAN la función de supervisar y fiscalizar el comportamiento de la empresa concesionaria, para ello será de aplicación no sólo lo establecido en el contrato de concesión y la LSPN (con todos los principios de

prestación de servicios a que se ha hecho referencia), sino el REGO, el RETA y el REMA de OSITRAN (en este último caso limitado únicamente al servicios de practicaje y remolcaje);

Que, la aplicación de los principios que rigen la prestación de servicios estipulados en el contrato y la LSPN, así como el marco normativo regulatorio, implica que las políticas comerciales de DPW están sometidas a una regulación ex – post. Es decir, si bien DPW tiene un margen de libertad al establecer y aplicar sus políticas comerciales, ésta no puede en ningún caso violentar ni el contrato de concesión, ni la LSPN ni el marco regulatorio de OSITRAN, lo cual será supervisado y fiscalizado por OSITRAN.

Que, en consecuencia, si en el establecimiento o aplicación de su política comercial (lo que incluye la posibilidad de conformar “Canastas de Servicios” compuestas por servicios regulados y no regulados), DPW infringiera alguna de las prohibiciones establecidas, será pasible de la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, y de que el Regulador le ordene la inaplicación inmediata de la política comercial que viole el contrato de concesión, la LSPN o el marco regulatorio;

Que, de acuerdo a lo establecido por el RETA, las “Canastas de Servicios” y las “Canastas Reguladas” tienen regímenes totalmente diferentes; la primera atiende a la política comercial de la empresa concesionaria y a sus estrategias de gestión comercial, en base a la cual se conforman, y está sujeta a una fiscalización ex – post por parte de OSITRAN; la segunda atiende a la función reguladora de OSITRAN y es determinada por OSITRAN únicamente considerando servicios regulados, para efectos de la determinación del factor de productividad;

Que, en consecuencia, debe quedar claramente establecido que el hecho que DPW incluya en una “Canasta de Servicios”, tanto servicios regulados como no regulados; en ningún caso puede cambiar la naturaleza de cada uno de los servicios que conforma la “Canasta de Servicios”. Es decir, que un servicio regulado conforme una “Canasta de Servicios” y se ofrezca al usuario junto con servicios no regulados, no implica en modo alguno que haya dejado de ser un servicio regulado, y por tanto sometido a todas las restricciones y obligaciones que como tal le corresponde;

Que, aún cuando DPW ofrezca en una misma “Canasta de Servicios” servicios regulados y no regulados, ello no cambiará en modo alguno el hecho de que OSITRAN sólo utilizará servicios regulados para constituir la “Canasta Regulatoria”, respecto a la cual el RETA expresamente señala que comprende únicamente servicios regulados, para efectos de la determinación del factor de productividad;

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 003-08-GRE-GAL, conforme a lo establecido en el Artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y de acuerdo a lo que establece el Artículo 31° del Reglamento General de OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por DP World Callao S.A. en contra del Oficio N° 113-07-GG-OSITRAN, que se basa en el Informe N° 022-07-GRE-OSITRAN; en cuanto al primer extremo, puesto que el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de la Nueva Terminal de Contenedores,

sí otorga a la empresa Concesionaria la exclusividad en la prestación de todos los servicios que se pueda prestar en la infraestructura portuaria nueva, con excepción de los servicios de Remolcaje y Practicaje.

SEGUNDO.- Declarar FUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por DP World Callao S.A. en contra del Oficio N° 113-07-GG-OSITRAN, que se basa en el Informe N° 022-07-GRE-OSITRAN; en cuanto al segundo extremo, pues el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN sí permite a la empresa concesionaria constituir “Canastas de Servicios” que pueden comprender servicios regulados y no regulados.

TERCERO.- Declarar que en aplicación de los principios que rigen la prestación de servicios estipulados en el contrato de concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación de la Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur, en la Ley N° 27943 (Ley del Sistema Portuario Nacional), así como el marco normativo regulatorio de OSITRAN; las políticas comerciales de DP World Callao están sometidas a una regulación ex – post por parte de OSITRAN, por lo que si dicha empresa concesionaria infringiera alguna de las prohibiciones establecidas respecto a la prestación de servicios, será pasible de la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

CUARTO.- Declarar que de acuerdo a lo establecido por el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, las “Canastas de Servicios” y las “Canastas Reguladas” tienen regímenes totalmente diferentes, por lo que si la empresa concesionaria incluye en una “Canasta de Servicios”, tanto servicios regulados, como no regulados; eso en ningún caso podrá cambiar la naturaleza de cada uno de los servicios que conforma la “Canasta de Servicios”. Por tanto, aún cuando un servicio regulado conforme una “Canasta de Servicios” y se ofrezca al usuario junto con servicios no regulados, ello no implica en modo alguno que haya dejado de ser un servicio regulado y por tanto sometido a todas las restricciones y obligaciones que como tal le corresponde.

QUINTO.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 003-08-GRE-GAL-OSITRAN a DP World Callao S.A.

SEXTO.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ING. JULIO ESCUDERO MEZA
Gerente General