

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 016-2003-CD/OSITRAN

Lima, 02 de octubre de 2003.

MATERIA : MANDATO DE ACCESO.

ENTIDAD PRESTADORA : ENAPU S.A.

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PUBLICO.

VISTA la solicitud formulada por la empresa COSMOS AGENCIA MARÍTIMA SAC. (COSMOS) mediante comunicación de fecha 18 de junio de 2003, para que OSITRAN emita un Mandato de Acceso para la prestación del Servicio de Amarre y Desamarre de naves en los Terminales Portuarios (TP) del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo; que establezca las condiciones de acceso de dicha empresa a los los referidos terminales portuarios de uso público administrados por la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU S.A.), el Informe Nº 217 – 03 – GS – OSITRAN, elevado a la Gerencia General mediante Nota Nº 152-03-GS-C2-OSITRAN, y; el proyecto de Resolución de Consejo Directivo, elevado mediante Nota 106 – 03 – GAL – OSITRAN.

CONSIDERANDO:

I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE:

1. El literal d) del artículo 5º de la Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y *preservar* la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales.
2. El Literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala que es función de OSITRAN *cautelar* el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
3. El literal c) del artículo 3º de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 27631, establece que la *función normativa* de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, *normas que regulen los*

procedimientos a su cargo, otras de carácter general y Mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

4. El Artículo 1º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por D.S. N° 032 – 2001 – PCM, establece que es función exclusiva del Consejo Directivo ejercer la función normativa general y reguladora de OSITRAN.
5. El artículo 3º del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. N° 010 – 2001 – PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a *garantizar* al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
6. El Artículo 24º del mencionado Reglamento General de OSITRAN establece que *en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede dictar normas relacionadas con el acceso a la utilización de la Infraestructura.*
7. El Numeral 21.2 de la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), establece que en materia de infraestructura portuaria de uso público, OSITRAN *conserva sus funciones normativas propias.*
8. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), fue aprobado por OSITRAN mediante Resolución N° 034 - 2001-CD/OSITRAN, y está vigente desde el 1º de enero de 2002.
9. El Literal f) del Artículo 7º del REMA establece que OSITRAN aprobará los Lineamientos de Acceso que emitan las Entidades Prestadoras.
10. Mediante Oficio N° 507-02-GG-OSITRAN de fecha 26 de septiembre de 2002, se remite a ENAPU S.A. la Resolución de Gerencia General N° 029-2002-GG-OSITRAN, la misma que aprueba los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves”.
11. El REMA establece en su artículo 53º que por el *Mandato de Acceso*, OSITRAN determina, a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un contrato de acceso y/o la manifestación de voluntad para celebrarlo.
12. El Artículo 54º del REMA establece que el Consejo Directivo de OSITRAN está facultado a emitir Mandatos de acceso en los casos en que el acceso a brindarse a una facilidad esencial no requiera la realización de una subasta, pero que sin embargo, las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el Contrato de Acceso, en los plazos y formas establecidas en dicho reglamento.

II. LOS ANTECEDENTES:

1. El 26 de noviembre de 2002, ENAPU S.A. publicó en el Diario oficial "El Peruano" extractos de diversas solicitudes de acceso presentadas ante dicha Entidad Prestadora por usuarios intermedios.
2. Como consecuencia de dicha publicación, la empresa COSMOS presentó ENAPU S.A. diversas solicitudes de acceso para prestar el Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de naves en los TP del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo.
3. El día 7 de febrero de 2003, se produjo la primera reunión de negociación entre ENAPU S.A. y los solicitantes de acceso, entre los que estaba COSMOS.
4. Mediante Oficio N° 258-2003-ENAPU/GG, ENAPU S.A. citó a una reunión para el 14 de abril de 2003, en la cual ENAPU S.A. presentó un proyecto de Contrato de Acceso para su discusión entre las partes.
5. Mediante carta s/n recibida el 23 de abril de 2003, COSMOS hizo llegar a ENAPU S.A. sus comentarios al proyecto propuesto.
6. Según COSMOS, en reunión de fecha 13 de mayo de 2003, ambas partes acordaron fijar un cargo de acceso de US \$ 20.00 por operación de tráfico internacional, durante los primeros seis meses del primer año; aumentando a US \$ 35 por maniobra, en adelante.
7. El proyecto de contrato que recoge dicho arreglo, fue remitido por COSMOS a ENAPU S.A. mediante correo electrónico el día 15 de mayo de 2003, y mediante carta s/n de fecha 9 de junio de 2003.
8. Mediante carta s/n recibida el 18 de junio de 2003, COSMOS solicitó a OSITRAN la emisión de un Mandato de Acceso para prestar el Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de naves en los Terminales Portuarios del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo.
9. Mediante Oficios N° 307-03-GG-OSITRAN y 308-03-GG-OSITRAN dirigidos a ENAPU S.A. y COSMOS, respectivamente, OSITRAN notificó a las partes su intención de emitir un Mandato de Acceso de acuerdo con lo establecido en el artículo 58° del REMA.
10. Mediante Oficio N° 437-03-GS-C2-OSITRAN, OSITRAN solicitó a ENAPU S.A. todas las comunicaciones cursadas entre dicha Entidad Prestadora y COSMOS.
11. ENAPU S.A. remitió lo solicitado por OSITRAN, a través del oficio N° 685-2003-ENAPU/GG del 30 de julio de 2003
12. Con fecha 14 de agosto de 2003, mediante Oficios N° 506-03-GS-C2-OSITRAN y 507-03-GS-C2-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN notificó a ambas partes del proyecto de Mandato de Acceso solicitado, con el fin de que expresen sus comentarios y objeciones al mismo.

13. COSMOS señaló su posición con relación al proyecto de Mandato de Acceso notificado por OSITRAN, mediante carta s/n del 21 de agosto de 2003.
14. ENAPU S.A. respondió a los precitados oficios de OSITRAN, mediante Carta N° 753-2003-ENAPU/GG de fecha 21 de agosto de 2003, expresando su posición en el sentido que, de acuerdo con la LSPN, OSITRAN no tendría competencia para regular el acceso en el presente caso.
15. De la documentación que obra en el expediente con relación a los términos de las negociaciones llevadas a cabo por las partes y del informe de VISTOS de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, se desprende que los términos en que no se produjo un acuerdo entre éstas, son los siguientes:
 - El Cargo de Acceso a pagar a partir del Séptimo mes, cuando el servicio se presta a naves de cabotaje: La posición de COSMOS es que debe ascender a US \$ 11.00 (Once 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) por operación. La posición de ENAPU S.A. es que debe ascender a US \$ 14.00 (Catorce 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) por operación.
 - Las razones de seguridad que facultan a la ENAPU S.A. a intervenir en la operación: La posición de COSMOS es que deben ser aquellos descritos en los numerales 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3 y 6.1.4. de los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves” aprobados por OSITRAN. En el proyecto presentado por ENAPU S.A., este punto no estaba especificado.
 - El pago del costo de los servicios en caso ENAPU S.A. deba intervenir en la operación: La posición de ENAPU S.A. es que deben ser cubiertos por COSMOS. En el proyecto presentado por COSMOS, este punto no estaba especificado.
 - La limitación de la responsabilidad de COSMOS ante la presencia de daños o perjuicios por montos superiores a la póliza de responsabilidad civil exigida: La posición de ENAPU S.A. es que COSMOS deberá asumirlos plenamente. La posición de COSMOS es que se deben exceptuar los daños o perjuicios causados por fuerza mayor o caso fortuito.

III. LAS CUESTIONES A RESOLVER:

De la evaluación de la documentación remitida a OSITRAN, y de conformidad con el marco normativo aplicable y los antecedentes a que se ha hecho referencia con anterioridad, el Consejo Directivo de OSITRAN considera necesario emitir su pronunciamiento respecto a los siguientes aspectos:

- A. Competencia de OSITRAN para regular el Acceso a las Facilidades Esenciales portuarias administradas por ENAPU S.A.

- B. Definición de los supuestos normativos para la aplicación del REMA y la emisión del Mandato de Acceso, con relación a las Facilidades Esenciales portuarias administradas por ENAPU S.A. cuya utilización requiere COSMOS.
- C. Las condiciones de acceso.
- D. Los cargos de acceso.
- E. Aspectos Complementarios:
 - E.1. De la Modificación del Mandato de Acceso.
 - E.2. De la Solución de Controversias.
 - E.3. Del Régimen de Infracciones y Sanciones aplicable.

IV. LA EVALUACIÓN Y ANALISIS:

A continuación, se desarrolla el análisis de las cuestiones a resolver:

A. Competencia de OSITRAN para regular el Acceso a las Facilidades Esenciales portuarias administradas por ENAPU S.A:

1. La LSPN, establece en el Numeral 21.2 que en materia de infraestructura portuaria, *conservando sus funciones normativas propias*, OSITRAN delega sus funciones “técnicas y las operativas” a la Autoridad Portuaria Nacional (APN).
2. Las *funciones normativas propias* de OSITRAN a que se refiere el numeral 21.2 de la LSPN, están naturalmente definidas en el marco normativo de OSITRAN, pues no está dentro del alcance y finalidad de la LSPN derogar el normativo de la regulación económica a cargo de OSITRAN. En ese sentido, de acuerdo a su propio marco normativo, corresponde a OSITRAN, entre otras funciones, las siguientes:
 - El Artículo 5° - Literal d) de la Ley N° 26917 - Ley de Creación de OSITRAN, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y **preservar** la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte de uso público, por parte de las Entidades Prestadoras.
 - El Artículo 7.1°, Literal p) de la precitada norma, señala que es función de OSITRAN **cautelar** el acceso universal en el uso de la infraestructura.
 - El Artículo 1° de la Ley N° 27631 (que precisa el alcance del Literal c) del Artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores), señala que en ejercicio de la función normativa, OSITRAN *puede emitir reglamentos de carácter general y Mandatos*.
 - El artículo 3° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante D.S. N° 010 – 2001 – PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a **garantizar** al

usuario el libre acceso a la infraestructura de transportes de uso público bajo la competencia de OSITRAN.

- El Literal f) del Artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN, establece que **en ejercicio de su función normativa**, OSITRAN puede dictar **reglamentos y normas de carácter general relacionadas con el acceso a la utilización de la infraestructura**.
 - Mediante Resolución N° 034-2001-CD /OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprueba el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.
3. En tal virtud, de conformidad con lo establecido en el propio Numeral 21.2 de la LSPN, en cuanto a la infraestructura portuaria calificada como Facilidad Esencial concierne, corresponde a OSITRAN normar el derecho de acceso a su utilización.
 4. El Literal k) del Artículo 24° de la LSPN, establece que es atribución de la APN únicamente *normar* en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria, así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos a su ámbito de competencia.
 5. En tal virtud, queda claro que OSITRAN es el órgano competente para establecer la regulación económica relativa al derecho de acceso de los usuarios intermedios a la utilización de la infraestructura portuaria de uso público, cuando ésta ha sido calificada como “Facilidad Esencial”. Se trata por tanto, de una competencia en materia regulatoria de contenido sustancialmente económico, que tiene una finalidad de interés público, consistente en posibilitar la competencia en los segmentos de servicios portuarios y servicios de intercambio modal y de transporte, ahí donde sea factible, sin poner en riesgo los derechos del titular de la concesión o del Administrador Portuario público.
 6. A diferencia de ello, la APN es competente únicamente para *normar en lo técnico, operativo y administrativo*, los requisitos que debe cumplirse para que los Operadores Portuarios puedan ingresar a la infraestructura portuaria con el fin de prestar Servicios Portuarios o desarrollar Actividades Portuarias, mediante, por ejemplo, el establecimiento de condiciones operativas y de seguridad. En cuanto a los aspectos “administrativos”, éstos se refieren a una competencia administrativa de gestión, claramente distinta a las materias relativas a la regulación económica a cargo de OSITRAN.
 7. Del mismo modo, es necesario tomar en cuenta que a diferencia de lo que expresamente señala el Artículo 7.1°, Literal p) de Ley N° 26917, norma de creación de OSITRAN, en cuanto a que es función de OSITRAN cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura, no existe disposición alguna en la LSPN, que otorgue a la APN o a las APR, la función de cautela que sólo tiene el organismo regulador.

En ese sentido, es claro que la APN y las APR sólo tienen una función *normativa*, que tiene un alcance totalmente diferente a la función normativa a cargo de OSITRAN.

8. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, OSITRAN ratifica su competencia para emitir el presente Mandato de Acceso, en ejercicio de su función normativa propia, el mismo que es de cumplimiento obligatorio para las partes.

En ese sentido, un incumplimiento del Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución, por parte de ENAPU S.A., podrá dar lugar a que OSITRAN, en ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora, califique dicho incumplimiento como una infracción administrativamente sancionable por OSITRAN.

B. Definición de los supuestos normativos para la aplicación del REMA y la emisión del Mandato, con relación a las Facilidades Esenciales portuarias administradas por ENAPU S.A. cuya utilización requiere COSMOS:

1. COSMOS es una agencia marítima que requiere el acceso a infraestructura de portuaria de uso público calificada como Facilidad Esencial por OSITRAN en el REMA; con el fin de prestar Servicios Esenciales, en tal virtud, califica como usuario intermedio de acuerdo al Anexo N° 1 del REMA.
2. Las Facilidades Esenciales cuya utilización requiere COSMOS necesariamente para brindar el Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves, son las siguientes:
 - Muelles.
 - Amarraderos.
3. Se requiere el acceso a las referidas Facilidades Esenciales, las mismas que están ubicadas en los siguientes puertos de uso público administrados por ENAPU S.A.:
 - TP del Callao.
 - TP de Paita.
 - TP de Salaverry.
 - TP de Chimbote.
 - TP General San Martín.
 - TP de Ilo.
4. Tanto los Muelles y Amarraderos a que se ha hecho referencia, como los servicios de Amarre y Desamarre, califican como Facilidades Esenciales y Servicios Esenciales, respectivamente, de conformidad con el Anexo N° 2 del REMA.

5. Del análisis de los hechos, se desprende que a pesar de las negociaciones llevadas a cabo entre ENAPU S.A. y COSMOS, las partes no han podido ponerse de acuerdo sobre los términos y condiciones del acceso solicitado a ENAPU S.A. por COSMOS, tal como se indica en los “Antecedentes” de la presente Resolución.
6. En consecuencia, COSMOS ha solicitado a OSITRAN que emita el Mandato de Acceso correspondiente, de conformidad con lo establecido en el Artículos 54º, Literal a), Artículo 55º y Artículo 58º del REMA.
7. En tal virtud, el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución, comprende las condiciones y cargos relativos al acceso de COSMOS a los referidos TP de ENAPU S.A., con el fin de utilizar los Muelles y los Amarraderos para prestar los servicios esenciales de Amarre y Desamarre, de conformidad con lo establecido en el REMA.
8. Mediante Oficio N° 507-02-GG-OSITRAN de fecha 26 de septiembre de 2002, se remite a ENAPU S.A. la Resolución de Gerencia General N° 029-2002-GG-OSITRAN, la misma que aprueba los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves”, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7º, Literal f) del RMA.

Los referidos lineamientos, se aplicarán de manera complementaria a lo establecido en el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución.

C. Las condiciones de acceso:

En el Anexo N° 1 que forma parte integrante de la presente Resolución, se establecen los términos y condiciones en los cuales COSMOS podrá acceder a los Muelles y Amarraderos de los TP administrados por ENAPU S.A. indicados anteriormente. A continuación, se hace referencia a los temas más relevantes:

1. Durante el periodo de negociación llevado a cabo entre ENAPU S.A. y COSMOS, las partes adoptaron una serie de acuerdos sobre determinadas condiciones en las que sería otorgado el acceso, las cuales han sido recogidas en el proyecto de Mandato de Acceso que fue notificado oportunamente a las partes por OSITRAN, en la medida en que los mismos se ajustan al objetivo de acceso y a los principios señalados en el REMA.
2. El Mandato de Acceso tiene por finalidad determinar, a falta de acuerdo entre las partes, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso y/o la manifestación de voluntad para celebrarlo. En tal virtud, los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes. En ese sentido, considerando que las partes acordaron durante el período de negociación llevado a cabo, un período de vigencia de un (1) año para el Contrato de Acceso que no se ha llegado a celebrar, la vigencia del Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución será de un (1) año, de conformidad a lo acordado por las partes.

3. El servicio de Amarre y Desamarre deberá ser prestado por COSMOS a requerimiento de los Usuarios Finales, durante las 24 horas de todos los días del año.
4. En los casos en que ENAPU S.A. se vea obligada a intervenir en las operaciones llevadas a cabo por COSMOS, descritos en el punto 6 del Anexo N° 1 anteriormente mencionado, relativo al “Control de los servicios”, COSMOS deberá cancelar a ENAPU S.A. los gastos derivados de su participación.

En tal supuesto, ENAPU S.A. procederá a llevar a cabo la operación o designará a otra empresa calificada para que la realice, procediendo a emitir la factura por este servicio a COSMOS.

5. De acuerdo a lo establecido en los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves” aprobados por OSITRAN, y de conformidad con lo acordado por las partes, COSMOS deberá mantener vigente una Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para cubrir daños materiales y personales por un monto de US \$ 50,000.00 (Cincuenta mil 00/100 Dólares de Estados Unidos de América), incluido el I.G.V. El monto de la referida póliza no limitará la responsabilidad de COSMOS ante la presencia de daños o perjuicios por montos superiores.

D. Los cargos de acceso:

1. De conformidad con lo acordado por las partes, el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución establece cargos de acceso diferenciados, cuando el servicio se presta a naves de cabotaje o a naves de tráfico internacional.

Asimismo, establece cargos diferenciados para los seis primeros meses, respecto a los cargos relativos a los seis últimos meses de vigencia del mismo.

2. De conformidad con los términos acordados por las partes durante el proceso de negociación llevado a cabo entre éstas, el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución recoge lo siguiente:
 - Tratándose de naves de tráfico internacional, ENAPU S.A. cobrará a COSMOS la suma de US \$ 20.00 (Veinte 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) por operación, durante los primeros seis meses de vigencia del Mandato. A partir del séptimo mes, el cargo de acceso será de US \$ 35.00 (Treinta y Cinco 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) por operación.
 - Tratándose de naves de Cabotaje, ENAPU S.A. cobrará a COSMOS la suma de US \$ 8.00 (Ocho 00/100 Dólares de Estados Unidos de

América) por operación, durante los primeros seis meses de vigencia del Mandato.

3. Con relación al cargo de acceso relativo a las naves de Cabotaje, aplicable a partir del séptimo meses del año, las partes no llegaron a un acuerdo. En consecuencia, vista la necesidad de suplir un acuerdo de voluntades inexistente entre las partes:
 - En aplicación del “Principio de Análisis de las Decisiones de OSITRAN”, recogido en el Artículo 12¹ del RGO de OSITRAN, y con base a los principios establecido en los Literales d) y e) del Artículo 69° del REMA, respecto a la necesidad de incentivar la entrada de prestadores de servicios eficientes en el segmento objeto del contrato de acceso, maximizando la eficiencia en la asignación de recursos y, la conveniencia de minimizar el costo regulatorio; OSITRAN requerirá a ENAPU S.A., para que en el plazo de 30 días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación del presente Mandato, remita a OSITRAN la información que sustente su propuesta para que el referido cargo de acceso ascienda a US \$ 14.00 (Catorce 00/100 Dólares de Estados Unidos de América), por operación.
 - Vencido el plazo establecido para que ENAPU S.A. presente a OSITRAN la información que sustente su propuesta, contando con dicha información o en defecto de ella, OSITRAN determinará el correspondiente cargo de acceso, mediante Resolución de su Consejo Directivo, el mismo que se aplicará a partir del séptimo mes de vigencia del presente Mandato.
 - Al respecto, se debe considerar que ENAPU S.A. no presentó ante OSITRAN objeción alguna con relación a la propuesta de COSMOS para el mencionado cargo de acceso a ser cobrado a partir en los seis últimos meses del año. Sin embargo, antes de determinar el cargo de acceso correspondiente, OSITRAN le permitirá presentar información sustentatoria.
 - Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que, antes del vencimiento del plazo de OSITRAN para aprobar el cargo de acceso cuya determinación está pendiente; ENAPU S.A. y COSMOS llegaran a un acuerdo con relación al cargo de acceso aplicable a las naves de Cabotaje a partir del séptimo mes en adelante, deberán presentar dicha propuesta acordada para su aprobación por parte de OSITRAN, y su posterior incorporación al presente Mandato, mediante resolución de su Consejo Directivo.

¹ <Artículo 12.- Principio de Análisis de Decisiones del OSITRAN

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

4. En virtud a lo establecido por el Artículo 75° del REMA, el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución, establece que los cargos de acceso se reducirán, si ENAPU S.A. otorga menores cargos a otros Usuarios Intermedios, para la prestación de los servicios de Amarre y Desamarre, como consecuencia de una negociación directa.
5. ENAPU S.A. facturará los cargos de acceso mensualmente, adecuando el plazo de pago a lo establecido en su tarifario.

E. Aspectos Complementarios:

E.1. De la Modificación del Mandato de Acceso:

1. De conformidad con lo establecido por el Artículo 53° del REMA, el Mandato de Acceso determina a falta de acuerdo entre las partes, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso, por tanto, los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.
2. En ese sentido, el hecho de que el Mandato de Acceso sustituya en la práctica a un Contrato de Acceso, no implica que el primero carezca de su carácter de acto dictado bajo la cobertura del Derecho Administrativo.
3. Esta característica, no debe hacer perder de vista la especialidad de este acto, regido por normas específicas a que se hace referencia en el acápite “El Marco Normativo Aplicable” de la presente Resolución. En ese sentido, OSITRAN debe precisar las formas de modificación del Mandato de Acceso, y los fundamentos de la existencia de esa posible modificación.
4. El presente Mandato de Acceso es dictado en ejercicio de la función normativa de OSITRAN, establecida por el literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631.

En tal virtud, se debe considerar que en principio, toda norma puede ser variada si las situaciones de hecho que tomó como presupuesto varían en grado significativo, teniendo en cuenta siempre el interés público involucrado.

5. En esa línea, en caso de haber llegado ENAPU S.A. y COSMOS a un Contrato de Acceso aprobado por OSITRAN, las posteriores modificaciones del mismo hubieran tenido que ser aprobadas por OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Artículo 22° del REMA. En aplicación del mismo criterio, cualquier pacto entre dichas empresas posterior al Mandato de Acceso que emite OSITRAN, que pretenda variar cualquiera de las condiciones por él establecidas o la totalidad del mismo es, en principio, ineficaz hasta su aprobación por parte de OSITRAN.

6. En tal virtud, la modificación del Mandato de Acceso sólo podrá ser realizada por OSITRAN, mediante solicitud de las partes. La solicitud de modificación del Mandato de Acceso se sujetará a lo establecido por el Artículo 60° (In fine) del REMA.
7. Asimismo, en consideración a que la legislación nacional prevé al Mandato de Acceso como subsidiario al acuerdo entre las partes que haya sido aprobado por el ente regulador, es posible la declaración de ineficacia del Mandato de Acceso, como consecuencia de la aprobación por parte de OSITRAN, de un posterior Contrato de Acceso celebrado por ENAPU S.A. y COSMOS.

Consecuentemente, con la aprobación por parte de OSITRAN de dicho Contrato de Acceso, el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución perdería eficacia.

E.2. De la Solución de Controversias:

1. Será aplicable a todo conflicto que surja respecto de la interpretación o ejecución de las obligaciones establecidas en el Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución, lo establecido en el Artículo 87° (In fine) del REMA.
2. Por tanto, cualquier desacuerdo que surja respecto de la interpretación o ejecución de las obligaciones establecidas en el Mandato que aprueba la presente Resolución, será resuelto por ENAPU S.A., en primera instancia, y en vía de apelación por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, que actúa como segunda y última instancia, de conformidad con lo establecido por el Literal d) del Artículo 47° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM, y, lo establecido en el Reglamento General para la Solución de Controversias en el ámbito de competencia de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-CD/OSITRAN, modificado por Resolución N° 028-2001-CD/OSITRAN.

E.3. Del Régimen de Infracciones y Sanciones:

1. De conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631, la función normativa de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, Mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
2. En tal virtud, cualquier incumplimiento de ENAPU S.A. con relación al cumplimiento y ejecución del Mandato de Acceso que aprueba la presente Resolución, se sujetarán a lo establecido por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN y sus normas modificatorias.

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Artículo 7.1º, Literal p) de la Ley N° 26917, Artículo 3º, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley N° 27631, el Artículo 24º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM, el Numeral 21.2 de la Ley N° 27943 y el Artículo 54º, Literal a) del RMA; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 24 de septiembre de 2003:

SE RESUELVE:

Artículo 1º: Dictar Mandato de Acceso a ENAPU S.A. en favor de COSMOS, para la utilización de los Muelles y Amarraderos de los Terminales Portuarios del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo, para efectos de la prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre; estableciendo las condiciones y cargos de acceso aplicables a dicho acceso, y de acuerdo a los términos, condiciones y cargos de acceso que se señalan en el Anexo N° 1, el mismo que forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2º: Establecer que los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio de Amarre y Desamarre en los terminales Portuarios administrados por ENAPU S.A.”, aprobados por OSITRAN mediante Resolución N° 029-2002-GG-OSITRAN, se aplicarán de manera complementaria a lo establecido en el Mandato de Acceso aprobado en virtud al Artículo 1º de la presente Resolución.

Artículo 3º: Requerir a ENAPU S.A., para que en el plazo máximo de 30 días calendario, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente Mandato de Acceso, remita a OSITRAN la información que sustente su propuesta para que el cargo de acceso para naves de Cabotaje, aplicable a partir del séptimo mes, ascienda a US \$ 14.00 (Catorce 00/100 Dólares de Estados Unidos de América), por operación.

Artículo 4º: Establecer, que vencido el plazo de ENAPU S.A. para presentar ante OSITRAN la información a que se refiere el Artículo precedente, OSITRAN determinará el cargo de acceso relativo a las naves de Cabotaje, aplicable a partir del séptimo mes de vigencia del presente Mandato.

Artículo 5º: Establecer que cualquier acuerdo de ENAPU S.A. y COSMOS, posterior al Mandato de Acceso aprobado en virtud al precitado Artículo 1º, que pretenda variar total o parcialmente las condiciones por él establecidas o la totalidad del mismo, es ineficaz hasta que se comunique a dichas empresas la aprobación por parte de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Artículo 60º (In fine) del REMA.

Artículo 6º: Establecer que cualquier desacuerdo que surja respecto de la interpretación o ejecución de las obligaciones establecidas en el Mandato de Acceso aprobado en virtud al precedente Artículo 1º, será resuelto en primera instancia ante ENAPU S.A. y en segunda y última instancia por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, de conformidad con lo establecido por el Artículo 87º (In fine) del REMA, el Literal d) del Artículo 47º del Reglamento General de OSITRAN,

aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM y lo establecido en el Reglamento General para la Solución de Controversias en el ámbito de competencia de OSITRAN.

Artículo 7°: Establecer que cualquier incumplimiento de ENAPU S.A. con relación a las obligaciones y ejecución del Mandato de Acceso aprobado en virtud al Artículo 1° de la presente Resolución, se sujetarán a lo establecido por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN y sus normas modificatorias.

Artículo 8°: El Mandato de Acceso que se dicta en virtud a la presente Resolución, entrará en vigencia a partir del décimo quinto día posterior a la fecha de publicación del presente Mandato en el Diario Oficial “El Peruano”.

Artículo 9°: Notificar la presente Resolución a ENAPU S.A. y a COSMOS .

Artículo 10°: Notificar la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 11°: Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, que adopte las medidas necesarias para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente del Consejo Directivo

ANEXO N° 1

TÉRMINOS, CONDICIONES Y CARGOS RELATIVOS AL MANDATO DE ACCESO QUE SE DICTA A ENAPU S.A. PARA QUE OTORGUE A COSMOS AGENCIA MARÍTIMA SAC EL ACCESO A LOS MUELLES Y AMARRADEROS DE LOS TP DE CALLAO, PAITA, SALAVERRY, CHIMBOTE, GENERAL SAN MARTÍN E ILO PARA PRESTAR EL SERVICIO DE AMARRE Y DESAMARRE

1. OBJETO:

El presente Mandato de Acceso tiene por objeto determinar los términos, condiciones y cargos de acceso aplicables para que la Entidad Prestadora ENAPU S.A, otorgue al usuario intermedio COSMOS, el acceso a los Muelles y Amarraderos de los Terminales Portuarios (TP) del Callao, Paíta, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo; para la prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves.

2. CONDICIONES GENERALES:

Las condiciones y cargos de acceso que se establece en el presente Mandato de Acceso, rigen para ambas partes.

Los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves”, aprobados por OSITRAN mediante Resolución de Gerencia General N° 029-2002-GG-OSITRAN y de conformidad con lo establecido en el Artículo 7º, Literal f) del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución N° 034-2001-CD-OSITRAN; se aplicarán de manera complementaria a lo establecido en el presente Mandato de Acceso.

3. VIGENCIA DEL MANDATO DE ACCESO:

Recogiendo el acuerdo entre las partes, el presente Mandato de Acceso tendrá una vigencia de un (1) año, computado a partir del décimo quinto día posterior a la fecha de publicación del presente Mandato en el Diario Oficial “El Peruano”.

4. CARGOS DE ACCESO:

- a. Recogiendo lo acordado por las partes, tratándose de naves de tráfico internacional, ENAPU S.A. cobrará a COSMOS, por operación, la suma de US \$ 20.00 (Veinte 00/100 Dólares de Estados Unidos de América), durante los primeros seis meses de vigencia del Mandato de Acceso.

A partir del séptimo mes de vigencia del presente Mandato, el cargo de acceso por operación aplicable, será de US \$ 35.00 (Treinta y Cinco 00/100 Dólares de Estados Unidos de América).

- b. Del mismo modo, recogiendo lo acordado por las partes, tratándose de naves de Cabotaje, ENAPU S.A. cobrará a COSMOS la suma de US \$ 8.00 (Ocho 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) por operación, durante los primeros seis meses de vigencia del Mandato de Acceso.
- c. El cargo de acceso relativo a las naves de Cabotaje, aplicable desde el séptimo mes, en adelante, será determinado por OSITRAN en la forma y plazos establecido en el Artículo 3º y 4º de la presente Resolución, en virtud a

la falta de acuerdo entre las partes con relación a dicho cargo durante el proceso de negociación.

- d. Estos Cargos de Acceso, serán reducidos al mismo nivel que aquellos Cargos de Acceso que ENAPU S.A. haya otorgado a otros Usuarios Intermedios relativos a la prestación del mismo Servicio Esencial, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 75° del REMA, siempre que dichos cargos se hayan determinado por negociación directa.

5. DE LA FORMA DE PAGO:

Para efectos de la facturación, que se realizará con periodicidad mensual y la forma de pago que corresponde, COSMOS se adecuará a lo establecido en el Tarifario de ENAPU S.A. en lo que sea pertinente, Dicho Tarifario se aplica de manera complementaria a lo establecido en el presente Mandato de Acceso en este aspecto.

6. DEL CONTROL DE LOS SERVICIOS:

ENAPU S.A. verificará el cumplimiento de los servicios que preste COSMOS y supervisará el cumplimiento de los procedimientos establecidos para el control de las operaciones de Atraque y Desatraque.

En caso que el capataz de ENAPU S.A. deba intervenir por motivos de seguridad, COMOS deberá cancelar los gastos derivados de su participación, de acuerdo a lo establecido en el numeral 9 del presente Mandato de Acceso.

Los motivos de seguridad que justifican la intervención del capataz de ENAPU S.A. a los que se hace referencia en el párrafo precedente, son aquellos descritos en los numerales 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3 y 6.1.4. de los "Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves" aprobado por OSITRAN y aplicables de manera complementaria a lo establecido en el presente Mandato. El alcance de dichos incumplimientos, comprende la inejecución de lo establecido en los precitados numerales de los Lineamientos, o un cumplimiento incorrecto de los mismos por parte del Usuario Intermedio.

7. OBLIGACIONES DE ENAPU S.A.:

- a. Permitir a COSMOS y a su personal, el acceso a los Terminales portuarios a que se hace referencia en el Numeral 1 del presente Anexo.
- b. Otorgar a COSMOS las facilidades administrativas y logísticas para el ingreso del personal, materiales y equipos a utilizar para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre, de acuerdo a las disposiciones y normatividad vigente.
- c. Expedir el comprobante de pago respectivo por concepto de Cargos de Acceso establecidos en punto 4 del presente Mandato de Acceso aplicables a COSMOS, de conformidad con lo establecido en el Tarifario de ENAPU S.A.

8. OBLIGACIONES DE COSMOS:

- a. Cumplir con los requisitos establecidos en los "Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de

- Naves” en los Terminales Portuarios administrados por ENAPU S.A., que han sido aprobados por OSITRAN.
- b. Abonar puntualmente los pagos por el cargo de acceso que corresponda.
 - c. Proporcionar al servicio de Amarre y Desamarre a requerimiento de los clientes durante las 24 horas, y durante todos los días del año, sin ocasionar demora en la prestación del servicio.
 - d. El personal de COSMOS deberá permanecer en el Amarradero asignado el tiempo que demande la prestación del servicio, debiendo retirarse una vez finalizada la operación, salvo que deba atender otra nave a continuación.
 - e. El personal de COSMOS no podrá permanecer en lugares distintos a los expresamente autorizados y señalizados por ENAPU S.A. para cada Terminal Portuario. De incumplirse dicha disposición, los eventuales accidentes y daños que pudieran ocurrir serán enteramente de responsabilidad de COSMOS.
 - f. El personal de COSMOS debe cumplir con las normas y directivas de operaciones, seguridad y las establecidas en los Lineamientos de acceso de ENAPU S.A. que han sido aprobados por OSITRAN.
 - g. De acuerdo a lo señalado en los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves” aprobados por OSITRAN, COSMOS debe mantener vigente la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para cubrir daños materiales y personales por US \$ 50,000.00 (Cincuenta mil 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) incluido el I.G.V. El monto de la póliza no limitará la responsabilidad de COSMOS ante la presencia de daños o perjuicios por montos superiores. En tal caso, COSMOS deberá asumirlos plenamente.

9. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR PARTE DE COSMOS:

- a. El incumplimiento por parte de COSMOS de cualquiera de las funciones y responsabilidades contenidas en los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves” aprobados por OSITRAN, permite a ENAPU S.A. a proceder a la realización de la operación, o designar a otra empresa calificada para que la realice, procediendo a emitir la factura por este servicio a COSMOS.
- b. En el caso de ocurrir lo indicado en el inciso anterior, el Supervisor del Terminal Portuario de ENAPU S.A, deberá presentar a su Gerencia de Operaciones un Informe detallado, indicando las causas que motivaron tal acción, adjuntando copia a COSMOS.
- c. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en los “Lineamientos y Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves” dará lugar a la presentación del correspondiente Protesto ante la Capitanía de Puerto.

10. DISPOSICIONES ADICIONALES:

- a. COSMOS es responsables de los actos, acciones u omisiones cometidos por el personal a su cargo.

- b. En caso de incidentes con daños personales o daños a la infraestructura de un Terminal Portuario de ENAPU S.A., que hayan ocurrido durante las operaciones de Amarre y Desamarre de naves, como consecuencia del erróneo desarrollo de las funciones de los Gavieros; COSMOS asumirá las responsabilidades y costos que de dichos incidentes o accidentes se deriven, aún si estos montos fueran superiores a la Póliza de Responsabilidad Civil requerida en el Literal g) del Numeral 8 del presente Mandato de Acceso.
- c. COSMOS dispondrá lo conveniente para la adecuada presentación de su personal, el mismo que deberá contar con uniforme de trabajo con logotipo de COSMOS y un marbete con el nombre del operario.
- d. Una vez inscrito el personal de COSMOS en los Registros del Terminal Portuario, no podrá ser modificado o incrementado sin la autorización previa de ENAPU S.A., debiendo dicha inscripción ser solicitada por escrito, adjuntando la documentación sustentatoria que acredite el cumplimiento de los requisitos contemplados en los "Lineamientos y Condiciones de Acceso para la prestación del servicio esencial de Amarre y Desamarre de Naves".

11. INEFICACIA DEL MANDATO:

Cuando COSMOS incumpla con las obligaciones señaladas en el Numeral 8 del presente Mandato de Acceso, ENAPU S.A. le notificará del hecho mediante una comunicación simple, a fin de que evite incurrir en la misma falta, o para que subsane el incumplimiento dentro de un plazo que deberá ser razonable.

De incurrir COSMOS en el mismo incumplimiento o de no cumplir con subsanar la falta dentro del plazo conferido, ENAPU S.A. podrá reiterar la comunicación a que se refiere el párrafo anterior o en su defecto, solicitar a OSITRAN la suspensión del Mandato de Acceso, siempre que la gravedad de la falta o la constancia de su reincidencia así lo requiera.

No obstante, ambas partes podrán solicitar a OSITRAN la revocación del Mandato de Acceso, cuando medie acuerdo entre ellas, de conformidad con lo establecido en Artículo 60° del REMA.