



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 abril de 2013

Nº 013-2013-CD-OSITRAN

VISTOS:

El informe Nº 008-13-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 19 de abril de 2013, emitido por la Gerencia de Regulación y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, y;

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 de la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

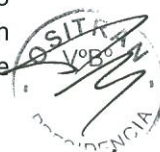
Que, por su parte, el literal b) del numeral 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, el artículo 27 del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que la función reguladora permite al Regulador determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito de competencia, así como los principios y sistemas tarifarios que resulten aplicables;

Que, con fecha 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 el "Contrato de Concesión") entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APM Terminals en calidad de Sociedad Concesionaria;

Que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.23 de su Contrato de Concesión, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la Sociedad Concesionaria cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda; precisando que en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base del contenido en el Anexo 5;

Que, asimismo, la referida cláusula 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 están definidos en el RETA de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

efectos que dicha entidad se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia; destacando que en caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existan condiciones de competencia, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda;

Que, el 17 de noviembre de 2011, la Sociedad Concesionaria mediante el oficio N°081-2011 APMT/GC remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia del servicio especial denominado "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión" al INDECOPI;

Que, el 17 de noviembre de 2011, la Sociedad Concesionaria mediante oficio N° 82-2011 APMT/GC, remitió a OSITRAN copia del Oficio dirigido a INDECOPI;

Que, 16 de marzo de 2012, INDECOPI remitió a la Sociedad Concesionaria el Informe Técnico 007-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre de Competencia, mediante el cual se informó que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio denominado "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones",



Que, el 01 de marzo de 2013, mediante carta N°021-2013-APMT/GC APM, la Sociedad Concesionaria solicita a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión",



Que, con fecha 19 de abril de 2013, mediante Informe N° 008-13-GRE-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN recomiendan a este Consejo Directivo, declare improcedente la solicitud presentada por la Sociedad Concesionaria para el inicio del procedimiento de fijación de la tarifa para el servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones", debido a que el denominado servicio de lavado de llantas y/o carrocería del camión, si bien no se brinda en condiciones de competencia, no constituye un servicio de provisión de infraestructura que garantice el transporte de mercancías o el intercambio modal;

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe 008-13-GRE-GAL-OSITRAN, el cual se adjunta y forma parte del sustento y motivación de la presente Resolución, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal b) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley N° 26917, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el Artículo 27° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;



SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones."



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 008-13-GRE-GAL-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria APM Terminals Callao S.A.; así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines correspondientes.



Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución y el Informe N° 008-13-GRE-GAL-OSITRAN, en el diario oficial El Peruano; y su difusión en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe)



Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. N° 11962 -2013

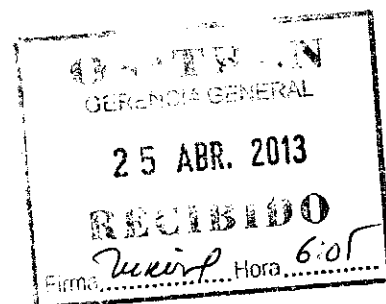


OSITRAN

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



INFORME N° 008 -13-GRE-GAL-OSITRAN



Para: **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General

De: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación

ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Gerente de Asesoría Legal (e)

Asunto: Inicio del Procedimiento de Fijación de Tarifa, a pedido de parte, del denominado "Servicio Especial de Lavado de Llantas y/o Carrocería Externa del Camión"

Fecha: 19 de abril de 2013

I. OBJETIVO

1. Analizar la procedencia de la solicitud de fijación tarifaria a pedido de parte formulado por APM Terminals Callao (en adelante, APMT) respecto del denominado "Servicio Especial de Lavado de Llantas y/o Carrocería Externa del Camión".

II. ANTECEDENTES

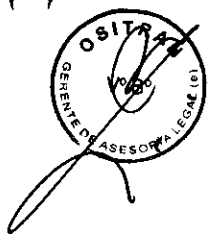
2. El 17 de noviembre de 2011, APM Terminals mediante Oficio N°081-2011 APMT/GC remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia del denominado "Servicio Especial de Lavado de Llantas y/o Carrocería Externa del Camión" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).
3. El mismo 17 de noviembre de 2011, APM Terminals mediante Oficio N° 82-2011 APMT/GC, remitió a OSITRAN copia de la Carta dirigida a INDECOPI.
4. El 16 de marzo de 2012, INDECOPI remitió a APM Terminals el Informe Técnico N° 007-2012/ST-CLC-INDECOPI, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre de Competencia.
5. El 1 de marzo de 2013, mediante carta N°021-2013-APMT/GC APM, el Concesionario solicitó a OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa del camión".

III. ANALISIS LEGAL

III.1. Marco Legal sobre procedencia de la fijación de tarifas por parte de OSITRAN

III.1.1 Del Contrato de Concesión

6. Con relación al marco legal aplicable al Contrato de Concesión, resulta importante tener en consideración que el mismo establece la obligatoriedad de cumplir con las



disposiciones emitidas por OSITRAN, el cual es competente en materia de fijación tarifaria. Así, el Contrato de Concesión 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."

- De otro lado, la Cláusula 1.23.94 señala que las disposiciones de OSITRAN, que incluye los reglamentos autónomos, "...son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA."

[El subrayado es nuestro]

7. 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]

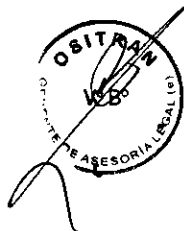
8. De esta manera, teniendo en consideración que:

- ✓ Al Contrato de Concesión le resulta de aplicación, entre otras, las normas con rango de ley.
- ✓ 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.

III.1.2 De la Ley del Sistema Portuario Nacional

9. 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 Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, OSITRAN ejerce



diversas funciones, tales como la función normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora y de solución de controversias.

10. 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.

11. 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.¹

12. 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.

13. Como veremos a continuación, el citado marco legal guarda absoluta concordancia con las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

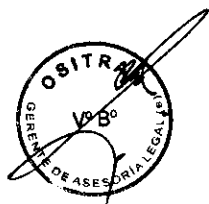
III.1.3 Del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN

14. El Reglamento General de Tarifas aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, (en adelante el RETA), establece 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)

¹ 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, INDECOPI 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)



- 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 derivados que presten 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)
- 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 24³).
- El RETA es claro en establecer que corresponde a OSITRAN fijar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las tarifas por servicios nuevos (Art. 17).
- Por otro lado, la Única Disposición Complementaria (UDC) del RETA establece un procedimiento relacionado con las actuaciones previas al inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria, en caso el INDECOPI 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 oficio⁴. De esta manera, al ser la mencionada UDC 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.

² Modificado por el Artículo Primero de la Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN, publicado el 01 de febrero de 2012.

³ Ídem.

⁴ El procedimiento de actuaciones preparatoria contemplado en la mencionada DCU es el siguiente:

- 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.
- 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.
- 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.

15. 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 Concesión⁵, es decir, en aquellas materias no desarrolladas por el Contrato o desarrollados parcialmente (p.e. si el Contrato no regulara en su totalidad el procedimiento para la fijación tarifaria).
- ✓ El RETA establece que OSITRAN deberá regular⁶ tarifas en caso los servicios involucrados no sean prestados en condiciones de competencia.
- ✓ Conforme a lo dispuesto por el Artículo 17 del RETA, corresponde a OSITRAN fijar las tarifas de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora⁷.

III.2. Fijación Tarifaria de Servicios Especiales

16. Las Cláusulas 1.23.98 y 1.23.99 del Contrato de Concesión definen a los Servicios Especiales y los Servicios Estándar de la siguiente manera:

"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. (...)"

"1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

17. Asimismo, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece el alcance de los servicios estándar de la siguiente manera:

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR⁸

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.

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

Lo anterior, implica que la Autoridad Portuaria Nacional, al no ser la entidad prestadora, no tiene legitimidad activa para solicitar el inicio del procedimiento de fijación tarifaria a pedido de parte.

Al respecto, debemos precisar que mediante Resolución 039-2012-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó una interpretación al Contrato de Concesión, en el siguiente sentido:



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 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 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 a 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

La Tarifa por estos servicios será la única contraprestación que los Usuarios están obligados a pagar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por dicho concepto. La SOCIEDAD CONCESIONARIA no podrá condicionar la prestación del Servicio Estándar a la aceptación por el Usuario de ningún otro servicio o pago adicional

(...)"

18. De otro lado, la cláusula 8.20 y 8.23 del Contrato de Concesión establecen el alcance de los Servicios Especiales, así como el procedimiento que debe seguir el Concesionario cuando desee iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato, de la siguiente manera:



"8.20. SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los 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.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra obligada a prestar a los Usuario que lo soliciten los Servicios Especiales con Tarifa.



En el Anexo 22 se encuentran listados los Servicios Especiales con Precio que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar, desde el inicio de la Explotación de la Concesión. Para la prestación de nuevos Servicios Especiales se deberá seguir el procedimiento establecido en la Cláusula 8.23."

"La cláusula 8.19 establece una descripción general de la naturaleza y características de las actividades que conforman el Servicio Estándar, señalándose una lista de servicios meramente enunciativa. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio en sus definiciones. El uso de barreras de contención no resulta indispensable, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de embarque o descarga de la carga a granel líquida en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, constituyéndose en un Servicio Especial."

"8.23. Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente 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.

A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.

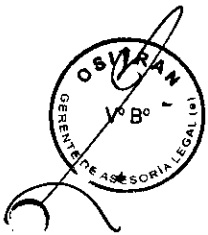
En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando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

[El subrayado es nuestro]

19. En virtud de lo expuesto, puede señalarse lo siguiente:

- (i) El Concesionario está facultada a prestar, los servicios especiales a todos los usuarios que lo soliciten. (clausula 8.20)
- (ii) La sociedad concesionaria se encuentra obligada a prestar a los usuarios que lo soliciten los servicios especiales con tarifa. (clausula 8.20)
- (iii) Los servicios especiales son todos los servicios portuarios distintos al servicio estándar (clausula 1.23.98)
- (iv) Por los servicios especiales la sociedad concesionaria tendrá derecho a cobrar un precio o una tarifa (clausula 1.23.98)
- (v) Antes de iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos conforme a la definición del RETA, la sociedad concesionaria deberá presentar al INDECOPI su propuesta de servicio especial debidamente sustentada, a efectos que se pronuncie sobre las condiciones de competencia. (clausula 8.23)
- (vi) En caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia, OSITRAN iniciará el procedimiento de fijación o revisión tarifaria según corresponda. (clausula 8.23)

20. Cabe indicar que en el presente caso, al haber INDECOPI emitido pronunciamiento respecto de no existencia de condiciones de competencia, corresponde que OSITRAN inicie el procedimiento de fijación tarifaria.



III.3 Respetto de la solicitud de fijación tarifaria presentada por APM Terminals

21. El artículo 61° del RETA, establece el procedimiento de fijación tarifaria, disponiendo que el mismo cuenta con una etapa para determinar la admisibilidad de la solicitud y una etapa para la evaluación de procedencia de la misma:

"Artículo 61. Inicio del procedimiento a instancia de parte

La Entidad Prestadora podrá solicitar al OSITRAN el inicio de un procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria.

La Gerencia de Regulación evaluará la admisibilidad de la solicitud presentada por la Entidad Prestadora.

Para tal efecto, dentro de los primeros tres (03) días de recibida dicha solicitud, dicha gerencia deberá solicitar a la Entidad Prestadora, de ser el caso, que realice las subsanaciones a que hubiera lugar en un plazo máximo de cinco (05) días, contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación relativa al requerimiento de subsanación.

Admitida la solicitud, la Gerencia de Regulación con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Legal contará con un plazo máximo de treinta (30) días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentar a la Gerencia General el informe respectivo. De requerirse opiniones adicionales, de acuerdo a la normativa vigente, el plazo se suspende. La Gerencia General lo someterá a consideración del Consejo Directivo en la sesión inmediata siguiente. El Consejo Directivo, sobre la base del Informe de la Gerencia de Regulación, emitirá la Resolución correspondiente relativa al inicio del procedimiento tarifario. (...)”

[El subrayado es nuestro]

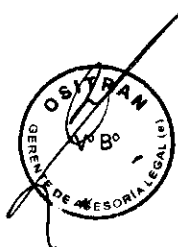
22. En concordancia a lo antes señalado, el artículo 62° del RETA establece los requisitos legales mínimos que deberá contener toda solicitud de fijación de precios:

"Artículo 62.- Contenido de la solicitud de fijación o revisión y desregulación tarifaria

En el caso de solicitudes de fijación o revisión tarifaria deberá contener cuando menos la siguiente información:

1. Nombre o denominación de la Entidad Prestadora solicitante;
2. Poder del representante legal de la Entidad Prestadora;
3. Marco general y justificación;
4. Definición del servicio o servicios objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria;
5. Estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio;
6. Definición y sustentación de la metodología utilizada como base para la propuesta de fijación tarifaria.
7. Proyección de la demanda;
8. Plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas;
9. Costos operativos;
10. Costo de capital;
11. Flujo de caja;
12. Análisis de sensibilidad;
13. Comparación tarifaria internacional, de ser el caso;
14. Información financiera auditada;
15. Proyecciones del cofinanciamiento del Concedente, de ser el caso. (...)”

[El subrayado es nuestro]



23. Como puede observarse, el artículo 61° del RETA dispone que la Entidad Prestadora, podrá solicitar a OSITRAN el inicio del procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria. Asimismo, establece que la Gerencia de Regulación evaluará la admisibilidad de dicha solicitud en un plazo de tres (03) días de recibida la solicitud.
24. De la revisión de la solicitud presentada por APM Terminals, se observa que la misma no ha remitido la información señalada en los numerales 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 62° del RETA antes citado.
25. Al respecto, en el documento denominado "Propuesta de Tarifa Máxima por el Servicio Especial", observamos que en su página 3 (Resumen Ejecutivo) se establece que:

"(...) A manera de resumen, se puede indicar que no es necesaria la presentación de estos cinco (05) puntos debido a que se ha utilizado la metodología de tarificación comparativa (también denominada benchmarking) para la fijación de tarifas y; en concordancia con los principios establecidos por el artículo 18 del RETA y la experiencia regulatoria en fijación de los servicios portuarios, no se requiere y no es necesario la cuantificación de costos (incluyendo inversión), flujos de caja (tasa de descuento) y análisis de sensibilidad..."

26. Sobre el particular, debemos señalar que conforme al principio de simplicidad establecido en la Ley N° 27444, los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

En el presente caso, consideramos que la información remitida por el Concesionario resulta suficiente para admitir a trámite la solicitud, no siendo necesario requerir la presentación de los requisitos contemplados en los incisos 8 al 12 del Art. 62 del RETA antes mencionado.

III.4

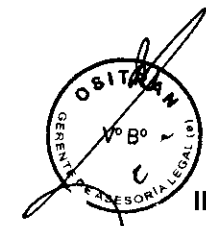
Marco normativo municipal en materia ambiental vinculado a los volquetes y cargadores frontales que transportan minerales

27. Al respecto, debemos mencionar que mediante Decreto de Alcaldía N° 000025 del 5 de noviembre de 1999, emitido por el Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, se aprobó la Directiva sobre "Medidas de mitigación de la contaminación ambiental que deben observar los depósitos de concentrados de minerales en la provincia constitucional del Callao".
28. En ese sentido, el Artículo Segundo de la mencionada norma municipal establece lo siguiente:

"Artículo Segundo.- El Terminal Marítimo de ENAPU [hoy Muelle Norte], debe cumplir obligatoriamente las siguientes medidas:

(...)

c.- Usar un sistema de barrido mecanizado que permita mantener permanentemente limpios los pisos de concreto por donde circular (sic) los volquetes y cargadores frontales, evitando que el concentrado se pegue a las llantas."



29. Como puede observarse, en estricto, dicho marco normativo municipal no hace específica referencia al servicio materia de la presente solicitud de fijación tarifaria.

III.5 Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales

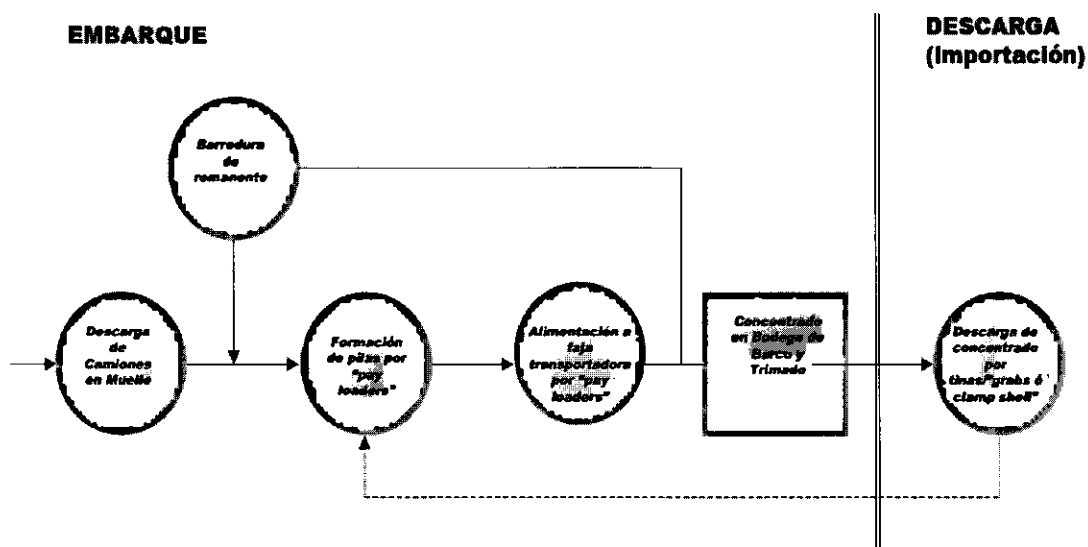
30. En agosto de 2009, la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas, publicó las denominadas "*Normas Técnicas para el Diseño Ambiental (Guías)*", entre las que se encuentra la "*Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales*", la cual está orientada a los fines siguientes:

- Protección de seres humanos, instalaciones y maquinarias.
- Prevención de la contaminación y utilización eficiente de recursos.
- Recuperación de zonas afectadas.
- Manejo Tecnológico de Residuos.

Tal como se indica en el mencionado documento dicha Guía "... no constituye un conjunto de leyes o reglamentos que los hacen obligatorios, sino que contiene informaciones y pautas que proporcionan una visión general de los procedimientos, tecnologías y prácticas industriales de aplicación general para las operaciones de manejo y transporte de concentrados."

31. De esta manera, la "*Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados Minerales*" proporciona una visión general de los procedimientos, tecnologías y prácticas industriales de aplicación general para las operaciones de manejo y transporte de minerales de concentrados, incluyéndose específicamente las operaciones en puerto (Ver diagrama N° 1)

Diagrama N° 1
Operaciones en Puerto: Embarque y descarga
Concentrados de Plomos y Minerales Polimetálicos



Fuente: Guía Ambiental de Manejo y Transporte de Concentrados de Minerales.
Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas.

32. La mencionada guía recomienda instalar a la salida del puerto, un sistema de lavado de unidades vehiculares con agua a presión que evite la dispersión del concentrado adherido a los neumáticos, tolvas y toldos. Asimismo, recomienda almacenar y enviar

el agua recuperada del sistema de lavado de unidades vehiculares a un sistema de tratamiento secundario, además de recuperar los lodos y disponerlos según lo establezcan las políticas de medio ambiente del puerto bajo la responsabilidad del administrador del mismo.

IV. ANÁLISIS TÉCNICO

IV.1 PROPUESTA DE APM TERMINALS

33. Según APM, el denominado "servicio de lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" consiste en el lavado de llantas y/o parte exterior de los volquetes que han descargado graneles sólidos (concentrados de mineral) para su posterior embarque en el Terminal Norte Multipropósito. El servicio se prestará previo a la salida del puerto.

34. APM señala que este servicio requerirá lo siguiente:

- **Infraestructura:** Estación de lavado de camiones.
- **Equipamiento:** Hidrolavadora a presión, tuberías y rociadores.
- **Personal:** operadores.

35. APM establece que el servicio en cuestión es una necesidad logística que se deriva del establecimiento de normas y medidas de mitigación ambiental, por parte de la Municipalidad Provincial del Callao y del Ministerio de Energía y Minas, al transporte terrestre en volquetes o camiones de concentrados de mineral desde la zona de almacenamiento (más cercano al puerto) hasta el puerto (Terminal Norte Multipropósito), para su posterior embarque.

36. Es importante mencionar que, en su propuesta, APM señala que el servicio de "Lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" es derivado de la explotación de la infraestructura portuaria, ya que se otorga actualmente en la balanza N° 4 del Terminal Norte.

37. Asimismo, el Concesionario señala que el denominado "servicio de lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones" será brindado únicamente durante el 2013, hasta el mes de setiembre o diciembre, es decir hasta que el Proyecto del Nuevo Muelle de Minerales inicie operaciones.

IV.2 EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

38. El Contrato de Concesión del Muelle Norte define la infraestructura portuaria de la siguiente manera:

"1.23.62. Infraestructura Portuaria: Obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes, construidas o ubicadas en los Puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal"

[El subrayado es nuestro]

39. En el caso específico del servicio de lavado de llantas y/o carrocería del camión, si bien no se brinda en condiciones de competencia, no constituye un servicio de provisión de infraestructura que garantice el transporte de mercancías o el intercambio modal.



40. De otro lado, la Ley N°27493, Ley del Sistema Portuario Nacional, define los servicios portuarios, como "aquellos que se prestan en zonas portuarias, para atender a las naves, a la carga, embarque y desembarque de personas" [El subrayado es nuestro].

41. Por otra parte, el Artículo 3° del RETA define a la Infraestructura de Transporte de Uso Público como:

"Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal, y por el cual se cobra una contraprestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, vial u otras infraestructuras públicas de transporte."

[El subrayado es nuestro]

Asimismo, el Artículo 11° del RETA, establece lo siguiente:

"En los mercados derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, en los que no existan Condiciones de Competencia que limiten el abuso de poder de mercado, el OSITRAN determinará las Tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados. En estos casos el procedimiento podrá iniciarse de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora".

[El subrayado es nuestro].

42. Como puede apreciarse, el RETA establece que para dar inicio al procedimiento de fijación tarifaria, el servicio propuesto debe implicar la "explotación de la infraestructura de transporte de uso público". En otras palabras, la entidad prestadora debe prestar el servicio de provisión de infraestructura de transporte que permita un servicio de transporte o el intercambio modal. Si dicho servicio no se brinda en condiciones de competencia, OSITRAN determinará las tarifas correspondientes.

43. En otras palabras, el denominado "Servicio Especial de Lavado de Llantas y/o Carrocería Externa del Camión" está referido exclusivamente a la atención de camiones,⁹ sin que exista la prestación de un servicio de provisión de infraestructura que contribuya con facilitar el transporte de mercadería, ni mucho menos permita un intercambio modal, lo cual es requisito esencial para el inicio del procedimiento tarifario.

V. CONCLUSIONES

44. En virtud de lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

9

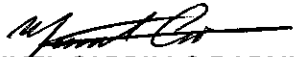
En la pág. 19 de la Propuesta de Tarifa Máxima por el servicio bajo análisis señala lo siguiente:
"(...)

El servicio bajo análisis es una actividad que se refiere exclusivamente a la atención al camión y no existen en ninguno de los servicios estándar o especiales alguna relación con la atención a los camiones sin carga.
"(...)"

- El denominado servicio de lavado de llantas y/o carrocería del camión, si bien no se brinda en condiciones de competencia, no constituye un servicio de provisión de infraestructura que garantice el transporte de mercancías o el intercambio modal.

VI. RECOMENDACIONES

- Declarar improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación de tarifas para el servicio de "lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones".


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación


ANTONIO RODRIGUEZ MARTINEZ
Gerente de Asesoría Legal (e)


BENJAMIN DE LATORRE LASTARRIA
Jefe de Regulación

REG.SAL. 3447-09