



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

EXPEDIENTE N° : 023-2008-TR-OSITRAN

SOLICITANTE : COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.

EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

TERCEROS INTERESADOS : CORMIN CALLAO S.A.C. y PERUBAR S.A.

CUADERNO : Principal

ACTO APELADO : Resolución de Gerencia de Terminales
Portuarios N° 571-2008 ENAPUSA/GTP

SUMILLA: *DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO de la decisión de la Empresa Nacional de Puertos S.A. de optar por la negociación directa como mecanismo de acceso para brindar el servicio de embarque y descarga de minerales a granel mediante el uso de fajas transportadoras herméticas móviles contenida en el Oficio N° 084-2008-ENAPU S.A./GC, Oficio N° 085-2008-ENAPU S.A./GC y Oficio N° 086-2008-ENAPU S.A./GC;*

RESOLUCIÓN N° 006

Lima, 30 de abril de 2009

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES (HECHOS).-

1. El 04 de abril de 2008 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo N° 015-2008-MTC (en adelante, el DS 015), mediante el cual se aprobaron los lineamientos técnicos para el uso de fajas transportadoras herméticas para el embarque y desembarque de graneles sólidos. Esta norma en su tercera disposición complementaria estableció los siguientes plazos para su implementación:

- ✓ En el caso de puertos que contaban con fajas transportadoras: Nueve meses contados desde la fecha de publicación de la mencionada norma.



OSITRAN

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

- ✓ En el caso de puertos que no contaban con fajas transportadoras: Un año contado desde la fecha de publicación de la norma.

Posteriormente estos plazos fueron ampliados hasta el 31 de diciembre de 2009 por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 005-2009-MTC, publicado el 29 de enero de 2009.

2. Con la finalidad de dar cumplimiento al DS 015, con fecha 29 de mayo de 2008, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante ENAPU) publicó una comunicación en los diarios "El Peruano" y "El Comercio", invitando a los interesados a presentar Solicitud de Acceso para el ingreso de fajas transportadoras herméticas móviles para el embarque de minerales a granel en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TPC).
3. El 12 de junio de 2008, COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en adelante, COSMOS) presentó su solicitud de acceso respectiva. Mediante Carta N° 063-2008 ENAPU S.A./GC, del 18 de junio de 2008, ENAPU solicitó a COSMOS la subsanación de su solicitud de acceso¹. Esta empresa subsanó con documento presentado el 20 de junio de 2008, con lo cual su pedido fue declarado procedente mediante Oficio N° 072-2008 ENAPU S.A./GC.
4. El 20 de junio de 2008, PERUBAR S.A. (en adelante, PERUBAR) presentó a ENAPU su solicitud de acceso para el ingreso de dos (2) fajas transportadoras herméticas móviles para el embarque de minerales. Mediante Carta N° 067-2008 ENAPU S.A./GC, del 24 de junio de 2008, ENAPU solicitó a PERUBAR la subsanación de su solicitud acceso². PERUBAR realizó la subsanación mediante Carta presentada el 25 de junio de 2008. ENAPU mediante Oficio N° 073-2008 ENAPU S.A./GC comunicó a la empresa solicitante que a fin de proceder a la declaración de procedencia de la solicitud de acceso, las características técnicas deben contener "la firma y sello de la entidad" (sic). El 4 de julio de 2008 PERUBAR subsanó su solicitud conforme lo requerido, con lo cual, a través del Carta N° 078-2008 ENAPU S.A./GC, del 07 de julio de 2008, se declaró procedente su pedido de acceso. Posteriormente, mediante documento presentado el 11 de julio de 2009, esta empresa comunicó a ENAPU que modificaban su solicitud en el sentido que requerían el acceso sólo para una faja móvil.

¹ ENAPU solicitó a COSMOS remita las especificaciones técnicas detalladas de la faja transportadora hermética móvil, otorgándole para ello el plazo de dos (2) días hábiles.

² ENAPU comunicó a PERUBAR que "su solicitud de acceso no cumple con los requisitos mínimos que establece el Art. 53° del Reglamento Marco de Acceso (REMA) de OSITRAN, en lo referente a lo establecido en el inciso d) de dicho Artículo, así como las exigencias mínimas del equipo señaladas en el comunicado publicado por ENAPU S.A. con fecha 29.05.2008 en el Diario Oficial "El Peruano". Se le otorgó dos (2) días de plazo para la subsanación requerida.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

5. CORMIN CALLAO S.A.C. (en adelante, CORMIN), mediante documento de fecha 05 de junio de 2008 solicitó ingreso a las mencionadas fajas, pedido que fue declarado procedente a través de la Carta N° 068-2008-ENAPU S.A./GC, de fecha de 18 de junio de 2008.
6. Los extractos de las solicitudes de declaradas procedentes fueron publicadas por ENAPU en el Diario Oficial "El Peruano" el 3 de julio (CORMIN y COSMOS) y 14 del mismo mes y año (PERUBAR).
7. Con fecha 01 de agosto de 2009, ENAPU mediante Cartas N°s 084, 085 y 086-2008 de su Gerencia Comercial informó a COSMOS, PERUBAR y CORMIN, respectivamente, que el mecanismo de acceso definitivo era el de negociación directa.
8. El 27 de octubre de 2008 COSMOS presentó reclamo ante ENAPU contra su decisión contenida en la antes mencionada Carta N° 084-2008-ENAPU S.A./GC solicitando que se establezca el procedimiento de acceso a la prestación del servicio de embarque y desembarque de minerales a través de las fajas transportadoras sea llevado a cabo bajo la forma de subasta por ser la manera más eficiente para prestar el servicio.

En el otrosí del escrito del reclamo, COSMOS solicita (debiendo entenderse este pedido como una pretensión subordinada³) que ENAPU evalúe los errores en el procedimiento de acceso y considerar iniciar uno nuevo en el que se especifique con claridad las facilidades esenciales a brindar (muelle 3 y áreas de parqueo) así como las condiciones requeridas para operar en estas y buscar que el acceso sea determinado a través de una subasta pública que otorgue el acceso en función al menor precio.

9. Por Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 571-2008 ENAPUSA/GTP (en adelante, la Resolución de ENAPU), notificada el 3 de diciembre de 2008, ENAPU declaró improcedente el reclamo presentado por COSMOS.

³ De acuerdo con el artículo 87° del Código Procesal Civil, existen tres tipos de pretensiones: subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa, cuando se puede elegir cuál de las pretensiones se va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Debe recordarse que conforme con el literal 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.



10. El 17 de diciembre de 2008 COSMOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de ENAPU.
11. Mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2008, COSMOS solicitó a este Tribunal el otorgamiento de una medida cautelar de no innovar a fin de que se ordene a ENAPU que se abstenga de realizar cualquier acto que pretenda ponerle fin al procedimiento de acceso a las fajas transportadoras herméticas móviles de mineral, mediante la celebración de un Contrato de Acceso con las empresas participantes de la negociación directa (PERUBAR, CORMIN y COSMOS), hasta que se resuelva su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 571-2008 ENAPUSA/GTP;

Alternativamente, COSMOS solicitó que se suspenda la negociación directa iniciada en virtud de la resolución contenida en la Comunicación 084-2008-ENAPUSA hasta que se resuelva recurso de apelación mencionado en el párrafo inmediato anterior. Este pedido fue acogido mediante el otorgamiento de una medida cautelar;

12. Con fecha 03 de febrero de 2009, ENAPU absolvió el traslado del recurso de apelación. En este escrito solicita se declare improcedente el recurso de apelación y se confirme la Resolución de ENAPU.
13. CORMIN y PERUBAR solicitaron su apersonamiento al procedimiento, los cuales fueron declarados procedentes.
14. El 20 de febrero de 2009, mediante Memorando N° 035-09-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN remitió a la Secretaria Técnica del Tribunal la Resolución de Gerencia General N° 007-2009-GG-OSITRAN y el expediente que le dio origen. Mediante Resolución N° 004 se ordenó incorporar el mencionado expediente a los autos, lo que se puso en conocimiento de de las partes y de los terceros interesados mediante Oficio Circular N° 067-2009-STSC-OSITRAN.
15. Con fecha 17 de marzo de 2009 se llevó a cabo la audiencia especial de conciliación, vista de la causa e informe oral.

II.- CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

16. Corresponde determinar lo siguiente:

i.- La procedencia del recurso de apelación contra la Resolución ENAPU;

- ii.- De resultar procedente el recurso, corresponde determinar si existe nulidad en la decisión de ENAPU se ajusta a lo dispuesto por el REMA.

III.- ANÁLISIS

III.1.- PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

III.1.2. Posibilidad de cuestionar la negociación directa y procedimiento aplicable

17. ENAPU sostiene que la apelación de COSMOS es improcedente porque la resolución que aprueba la negociación directa es inimpugnable. Al respecto señala que el REMA -artículo 64°- sólo se permite que se apele "*de la decisión*" (sic) de convocar a una subasta pero no del mecanismo de negociación directa porque ésta no perjudica el derecho de acceso de ningún usuario intermedio, por el contrario fomenta la libre competencia. En cambio, la subasta tiene por objeto restringir el número de prestadores del servicio y generar un monopolio.
18. En el mismo sentido de ENAPU, CORMIN señala que la comunicación de la decisión del mecanismo de acceso de negociación directa no es impugnabile o, en su defecto, no se interpuso el recurso de apelación que era el legalmente correspondía. Argumentando su posición, esta empresa señala
- i.- Si bien las normas de procedimiento de los recursos interpuestos en el marco del REMA se sujetan a las disposiciones del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN⁴ (RARSC) y el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Reclamos de ENAPU⁵ (en adelante, RARSC-ENAPU), el REMA contempla disposiciones, que en aplicación del principio de especificidad o especialidad, priman respecto de las reglas recogidas en los mencionados reglamentos de reclamos.
- ii.- El REMA y el REA-ENAPU establecen reglas especiales para los recursos que se deben presentar durante el procedimiento de acceso. Una de estas reglas, conforme con los artículos 63°, 64° del mencionado dispositivo legal y 12 del REA-ENAPU es que sólo pueden ser materia de impugnación la denegatoria y la decisión de optar por la subasta como mecanismo de acceso

⁴ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de enero de 2004, y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CDOSITRAN publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de diciembre de 2006.

⁵ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2008-CD-OSITRAN, de fecha 10 de septiembre de 2008.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

dentro de plazos y condiciones allí establecidos, que son diferentes que las establecidas en el RARSC y RARSC-ENAPU.

- iii.- En el supuesto negado que la decisión de ENAPU fuera impugnabile, esto sólo podría serlo a través de un recurso de apelación el cual debería interponerse dentro de los cinco días hábiles contados desde la fecha en la que recibió la decisión de optar por el mecanismo de negociación directa, que señala el REMA y el REA-ENAPU o, en su defecto, de considerar muy restrictivo el plazo, podría aplicarse el plazo de quince días hábiles, plazo que también está recogido en el RARSC.
- iv.- La no interposición del recurso de apelación dentro del plazo ocasiona que la decisión con relación al mecanismo de negociación directa adquiera el carácter de cosa decidida.
- v.- En el presente caso, COSMOS interpuso un reclamo ante ENAPU luego de sesenta (60) días hábiles de haberle sido notificada la decisión relativa a la negociación directa.
- vi.- Corresponde al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) declarar la caducidad del derecho de COSMOS de cuestionar administrativamente la decisión de ENAPU.

19. Por su parte, COSMOS en su escrito presentado el 24 de marzo de 2009, con relación a este punto, afirma lo siguiente:

- i.- No existe norma en el REMA que señale expresamente que la decisión de ENAPU sea inapelable. Por el contrario, el artículo 7° del RARSC, otorga el derecho de los usuarios intermedios de interponer reclamos que se presenten como consecuencia de la aplicación del REMA.
- ii.- Un principio general del derecho establece que vía interpretación no se puede restringir un derecho establecido expresamente por una norma. Por tanto, no se debe admitir una interpretación del REMA dirigida a restringir la competencia efectiva en el mercado pues es el derecho a reclamar está reconocido en el RARSC.
- iii.- El argumento de la inimpugnabilidad de la decisión tendría el efecto de derogar las competencias de OSITRAN relacionadas con cautelar el acceso a la 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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

iv.- La Gerencia General mediante Resolución N° 007-2009-GG-OSITRAN, ha confirmado sobre la base de sus competencias el derecho de apelar la decisión de ENAPU.

20. Sobre el particular, debe recordarse que a las decisiones de ENAPU, en virtud del numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG)⁶, le son plenamente aplicables las normas del procedimiento administrativo.
21. Asimismo, se sabe que todo administrado tiene el derecho de petición frente a la administración pública, derecho reconocido en el artículo 2° inciso 20 de la Constitución Política del Perú⁷ y desarrollado por la LPAG, en sus artículos 106° y siguientes. Dentro de este derecho se encuentra inmerso el derecho de reclamar y el derecho de contradecir alguna actuación o decisión de la administración pública que el administrado considere está afectando sus derechos o legítimos intereses.
22. En este contexto, el REMA, conforme con el artículo 4°, es el marco legal que determina las reglas y procedimientos aplicables al derecho de acceso a las facilidades esenciales que tienen los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público, estableciendo los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse los contratos de acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración y los mandatos de acceso que emita OSITRAN.

⁶ **LPAG**

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

(...)

8. *Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia."*

⁷ **Constitución Política del Perú**

"Toda persona tiene derecho:

(...)

20. *A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad."*



23. De acuerdo con el literal d) artículo 7° del RARSC, son materia de este reglamento los reclamos de usuarios que se presenten como consecuencia de la aplicación del REMA. Por tanto, en aplicación de esta norma, los procedimientos establecidos en el RARSC, según corresponda, son de aplicación a los reclamos que surjan con ocasión de la aplicación del REMA.
24. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el REMA, ha establecido procedimientos concretos, con determinadas reglas y plazos, para cuestionar las decisiones de las entidades prestadoras sobre el acceso a la infraestructura de transporte de uso público (en adelante, ITUP). La finalidad de estas normas específicas es buscar la rapidez en la definición de los derechos de los usuarios para el acceso, a efectos de incentivar la competencia dentro del mercado de la ITUP⁸. Como ejemplos de estos casos tenemos a la denegatoria de acceso o la elección de la subasta como mecanismo que determine el acceso. Como bien señalan ENAPU y CORMIN, en estos casos los plazos para impugnar son más cortos (cinco días) que los establecidos en un procedimiento normal de reclamo, tampoco existe la posibilidad de interponer recurso de reconsideración, únicamente procede el de apelación. Cabe mencionar que el análisis sobre la concordancia de estos procedimientos con el ordenamiento jurídico no es parte del presente procedimiento.
25. No obstante lo acotado, el hecho que no todos los supuestos en los que se presente un reclamo se encuentren previstos dentro del REMA, no quiere decir o puede significar que no se puedan interponer reclamos contra estas decisiones de las entidades prestadoras.
26. En efecto, en el presente caso la entidad prestadora, es decir, ENAPU decidió que la negociación directa iba a ser el mecanismo para determinar el acceso para brindar el servicio embarque y descarga de minerales a granel mediante fajas transportadoras herméticas móviles. Sin embargo, COSMOS, una de las empresas solicitantes del acceso no se encuentra conforme con tal decisión, por lo que interpuso un reclamo contra ésta.
27. De acuerdo con la posición de ENAPU y CORMIN, como en el REMA no se ha establecido ningún procedimiento específico para impugnar, COSMOS, o cualquier otro usuario intermedio, no pueden cuestionar la mencionada decisión

⁸ **REMA**

"Artículo 5°.- Finalidad.

Las reglas, principios y procedimientos que se establece en el presente Reglamento, tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva."

de optar por la negociación directa, por lo que su reclamo debe ser declarado improcedente.

28. Al respecto, este colegiado es de la opinión que lo propuesto por CORMIN y ENAPU resulta ser una interpretación extensiva que vulneraría o restringiría el derecho de petición de los usuarios intermedios, entre ellos el de COSMOS, puesto que sería negar el derecho que tiene cualquier administrado de cuestionar los actos administrativos que supongan afectar sus derechos o intereses.

29. Sobre este tema, Marcial Rubio Correa⁹, comentando el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala lo siguiente:

"(...) si ante una norma que declara un derecho y otra que lo restringe nosotros como aplicadores del Derecho no tenemos claro si el derecho está restringido o cuan restringido está, nuestra conclusión debe ser el derecho de esa persona está vigente hasta el límite posible que nos dé nuestra razón. En otras palabras, la duda favorecerá a quien tiene el derecho. Este tipo de razonamiento, por lo demás, no es ajeno en absoluto al sistema jurídico: se aplica a favor de las personas prácticamente en todas las circunstancias"

[Subrayado agregado]

30. El artículo comentado prohíbe las interpretaciones extensivas que se pretenden realizar en relación al alcance de las normas que restringen derechos. Esa posición ha sido asumida por la jurisprudencia¹⁰:

"Las normas e instituciones que establezcan restricciones de derechos o situaciones excepcionales deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente"

[Subrayado agregado]

31. En el mismo sentido el autor anteriormente citado sostiene¹¹:

"(...) consideramos que este artículo no solo prohíbe que se aplique la analogía. También está en su ratio legis prohibir la interpretación extensiva. Por consiguiente, consideramos que lo técnicamente correcto es leerlo de la siguiente manera:

'La norma legislativa que establece excepciones o restringe derechos se aplica estrictamente, es decir, ni por interpretación extensiva ni por analogía.'"

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. "Aplicación analógica de la Ley". En "Código Civil Comentado". Lima. Gaceta Jurídica. 2da edición. Agosto-2007. p. 37.

¹⁰ Expediente N° 1671-91. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 39.

32. Bajo este contexto, este colegiado considera que la interpretación correcta y justa es aquella según la cual los usuarios intermedios pueden interponer reclamo contra cualquier decisión de la entidad prestadora emitida dentro del marco del REMA; en consecuencia, la decisión de ENAPU de optar por la negociación directa, puede ser materia de cuestionamiento mediante un reclamo.
33. Ahora bien, CORMIN sostiene que de considerarse que sí se puede impugnar la mencionada decisión de ENAPU, debe aplicarse el mismo procedimiento, con los mismos plazos, que prescribe el artículo 64° del REMA que regula el procedimiento de impugnación de elegir la subasta como mecanismo de acceso a la ITUP.
34. Esta interpretación desde el punto de vista del Tribunal también resulta ser restrictiva de derechos, puesto que los plazos determinados para el procedimiento de impugnación de elegir la subasta son plazos más cortos que los regulados en la RARSC. En efecto, en el artículo 64° del REMA se ha establecido un plazo de cinco (5) días hábiles para cuestionar la decisión de subasta, en cambio en el RARSC se ha determinado un plazo de sesenta (60) días.
35. Además, el procedimiento del artículo 64° del REMA no sólo es más restrictivo en cuanto a plazos sino que únicamente permite interponer el recurso de apelación, a diferencia del RARSC que permite presentar reclamo, así como interponer recursos de reconsideración y apelación.
36. Establecido que es posible cuestionar la decisión sobre negociación directa y que no tiene un procedimiento específico, consideramos que no podría aplicarse el procedimiento del artículo 64° del REMA porque éste es restrictivo de derechos (plazos cortos y sólo permite apelar), debiendo concluirse que resulta aplicable para tal supuesto el procedimiento establecido en el RARSC por ser más amplio en cuanto al ejercicio del derecho de petición, respecto de posibilidades de cuestionamientos (reclamo, reconsideración o apelación) y los plazos establecidos.
37. Por demás, el mismo artículo 7° del RARSC expresamente prescribe que es de aplicación este reglamento para los reclamos que surjan dentro del marco del REMA; por tanto, si existe un reclamo que cuyo procedimiento no está especificado en el REMA, debe someterse a las reglas del RARSC.

38. En conclusión, COSMOS puede cuestionar la decisión de ENAPU de elegir el mecanismo de negociación directa para determinar el acceso para brindar el servicio de embarque y descarga de minerales a granel a través de fajas transportadoras herméticas móviles; siendo el procedimiento aplicable para este reclamo el establecido en el RASRC.
39. Ahora es necesario analizar si el recurso de apelación cumple con los requisitos de procedencia exigidos.

III.1.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedencia

40. Concordante con los artículos 14° y 36° del RARSC¹², y el literal d) del artículo 7° del mencionado cuerpo legal, el TSC es el órgano competente para resolver, como segunda instancia administrativa, los recursos de apelación relacionados con reclamos sobre aplicación del REMA.
41. Según lo regulado en el artículo 44° del RARSC los requisitos de procedencia del recurso de apelación son:
- a. Que se interpongan contra los actos a que se refiere el numeral 206.2 del artículo 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General;
 - b. Que se dirijan al órgano competente para concederlas o denegarlas;
 - c. Que se fundamente debidamente.

Además de estos requisitos debe verificarse si se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, conforme con el artículo 209° de la LPAG¹³.

¹² **RARSC**

"Artículo 14°.- Tribunal.

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento."

"Artículo 36°.- Reclamos sujetos al presente Capítulo

Los reclamos que podrán efectuarse al amparo de este Reglamento y que se resolverán de acuerdo a este procedimiento son los establecidos en los incisos a), b), c) y d) del artículo 7°."

¹³ **LPAG**

"Artículo 209°.- Recurso de apelación

42. En el presente caso se verifica la concurrencia de todos los requisitos de procedencia, puesto que COSMOS apeló la resolución de ENAPU, que es un acto impugnabile que puso fin a la primera instancia administrativa, el cual fue dirigido a esta entidad prestadora para que eleve el expediente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 46 del RARSC; así mismo, el recurso se encuentra debidamente fundamentado, y tiene como finalidad que el Tribunal determine si la decisión de ENAPU de optar por la negociación directa se ajusta a lo dispuesto por el REMA.

III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

43. Para el análisis de los argumentos del recurso de apelación, previamente se analizará si la decisión de ENAPU de optar por la negociación directa se encuentra arreglada con el REMA.

III.2.1. Sobre la vulneración del principio de plena información

44. COSMOS alega que ENAPU ha vulnerado el principio de plena información contenido en el REMA en el literal f) del artículo 8º, que prescribe lo siguiente:

"Artículo 8º.- Principios aplicables.

(...)

f) Principio de plena información.

Los solicitantes del Acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar las Condiciones de Acceso a la Facilidad Esencial, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo."

45. Esta empresa en su escritos de reclamo, apelación y en el presentado el 24 de marzo de 2009, en resumen indica lo siguiente:

- i.- El principio vulnerado tiene la naturaleza de norma de orden público, carácter *erga omnes*, y cuya finalidad es hacer pública, oportunamente la información relevante sobre el acceso a las facilidades esenciales de tal manera que los potenciales usuarios intermedios interesados en el acceso puedan tomar una decisión adecuadamente evaluada en relación a su ingreso al mercado correspondiente.

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

- ii.- La información debe ser brindada oportunamente, dándole a los potenciales usuarios un plazo razonable para evaluar sus posibilidades de ingreso al mercado.
- iii.- Información fraccionada, incompleta o inoportuna sobre la disponibilidad de las facilidades esenciales colisiona directamente contra lo dispuesto en el literal f del artículo 8° del REMA.
- iv.- Para que el procedimiento de acceso en referencia se realice en estricto cumplimiento del REMA, los interesados debieron haber presentado su respectiva solicitud teniendo pleno conocimiento de las facilidades esenciales sobre las cuales ENAPU pretendía otorgar el acceso.
- v.- ENAPU nunca informó públicamente que contaba con disponibilidad de tres facilidades esenciales, incluyendo las áreas de parqueo para fajas transportadoras, con lo cual incumplió con su deber de divulgación de la información sobre la disponibilidad de las áreas de parqueo. Esta información sólo fue comunicada a los tres solicitantes, sin que sea publicitada a los potenciales entrantes.
- vi.- Era imposible que COSMOS o los potenciales solicitantes, a partir del DS 015 interpreten o intuyan, que son tres el número de espacios disponibles para el parqueo de las fajas dentro del TPC puesto que la norma es de carácter general y está destinada a todos los terminales portuarios a nivel nacional, mientras que la determinación de la disponibilidad corresponde a cada administrador portuario quien es el responsable de la gestión y planificación del espacio en el terminal.
- vii.- La prueba más evidente que ENAPU no determinó oportunamente la facilidad esencial es que en el tercer párrafo del Oficio N° 660-2008-MTC/02, el MTC -autor del DS 015- le pregunta a aquella cuántas fajas pueden ubicarse dentro del TPC (es decir, cuál sería la disponibilidad de las áreas de parqueo).
- viii.- Del Oficio N° 2015-08-GS-OSITRAN, del 22 de julio de 2008, queda claro que la Gerencia de Supervisión tampoco pudo *intuir* que la disponibilidad de tres fajas en el áreas de parqueo en el terminal; asimismo, dentro de las publicaciones y avisos realizadas por ENAPU, en ninguna de éstas se mencionó que tal disponibilidad.



OSITRAN

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

46. Por su parte, tanto ENAPU, CORMIN en sus escritos, y PERUBAR, en la audiencia de vista de causa e informe oral, rebatiendo la posición y argumentos de COSMOS, sostienen lo siguiente

- i.- ENAPU no violó el principio de plena información ya que esta área de parqueo estaba prevista en el DS 015 y fue conocida por todas las empresas solicitantes del acceso porque fue incluida y está regulada en el numeral 4.4.1 de los lineamientos aprobados por la norma en mención.
- ii.- Se presume de pleno derecho que toda persona tiene conocimiento de las normas legales, siendo imposible que COSMOS pueda alegar la ignorancia de la ley. Además, esta empresa ha emitido diversos documentos en los que deja plena constancia que conoce los Lineamientos (y por ende, del área de parqueadero) y se compromete a cumplirlos.
- iii.- ENAPU *sí cumplió con mencionar el área de parqueo*, comunicando a COSMOS y a los demás usuarios intermedios que las solicitudes de acceso debían sujetarse a lo previsto en el DS 015. Así, en el Oficio N° 072-2008-ENAPU S.A./GC, ENAPU comunicó específicamente que el equipo requerido para la operación de embarque de minerales deberá cumplir con los Lineamientos establecidos en el DS 015, norma que incluía y regulaba el área de parqueo.
- iv.- La referencia general de los requisitos establecidos en el DS 015 es plenamente válida y se sujete a lo prescrito en el artículo 18 inciso b) del REMA.
- v.- Conforme con los Lineamientos tiene que existir una zona destinada al ensamblaje y limpieza de las fajas. Esta zona es precisamente el área de parqueo.

47. Como es sabido, los puertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural¹⁴ multiproducto¹⁵ dentro de su zona de influencia, por lo que el

¹⁴ "Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo." Breyer, Sthepen. "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma" En: Themis. N° 52. p. 10. "(...) es común que existan actividades con características de monopolio natural, al menos en algunas de las etapas de la producción. El que una industria tenga características de monopolio natural significa que se puedan producir los distintos niveles de producto a menor costo si se producen por una sola firma que si se produce por dos o más firmas. Esta propiedad de la tecnología se denomina la subaditividad de la función de costos." PAREDES, Ricardo y SÁNCHEZ, José Miguel. "Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación". 1999. p.8.

Estado decide otorgar la administración y explotación de dicha infraestructura a una sola empresa, en este caso a ENAPU como administradora del TPC, la cual es regulada y supervisada por un tercero, OSITRAN.

48. Algunos de los servicios que se brindan dentro del puerto serán regulados económicamente, como por ejemplo el servicio de uso de muelle¹⁶. Sin embargo, existen otros servicios que pueden ser brindados por otras empresas dentro del mismo puerto, lo que significa que la competencia es posible.
49. De estos servicios, los que requieren infraestructura portuaria, que no puede ser duplicada en el corto plazo por razones técnicas o económicas y que es necesaria para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen-destino, son llamados servicios esenciales. En otras palabras, estos servicios para que puedan brindarse necesitan la entrada o acceso de los usuarios intermedios a la ITUP, cuya finalidad es brindar servicios a los usuarios finales mediante la utilización de aquélla.
50. El REMA promueve la competencia donde ésta es factible en los mercados de servicios esenciales de intercambio modal y de transporte. El acceso es un mecanismo clave para la viabilidad de la competencia en la prestación de servicios utilizando la ITUP, entre ellas la portuaria.
51. Lo que se trata de conseguir con este fomento de la competencia de los servicios esenciales dentro de las ITUP¹⁷, es simular las condiciones de una competencia perfecta. Según la teoría económica una de las condiciones de un mercado de competencia perfecta¹⁸ es la información adecuada (también

¹⁵ "(...) no puede considerarse que un puerto sea una organización que produzca un único servicio, sino que existe una diversidad de actividades realizadas dentro del área portuaria." TRUJILLO, Lourdes y NOMBELA, Gustavo. "Puertos". En: "Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores." Editado por Antonio Estache y Ginés de Rus. Colombia. Banco Mundial - Alfaomega Colombiana S.A. 1ª ed. 2003. p. 111.

¹⁶ "(...) debido a estos elevados costes fijos, el espacio disponible para realizar las actividades portuarias es habitualmente muy reducido. Esta restricción de espacio implica que el número de operadores es, por definición, limitado. En particular, dependiendo del tamaño total del puerto, en algunas circunstancias la existencia de un único operador para algunos servicios, ya que el nivel de negocio no será suficiente para que sea viable la presencia de más de una empresa ofertando el mismo servicio." *Ibidem*. pp. 15-16.

¹⁷ **REMA**

"Artículo 5º.- Finalidad.

Las reglas, principios y procedimientos que se establece en el presente Reglamento, tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva."

¹⁸ "Un paradigma del sistema de mercados es la necesidad de tener competencia. Desde el punto de vista económico, ésta incrementa la eficiencia en la asignación de bienes y servicios. Desde un punto de vista política, descentraliza el poder y previene limitaciones del poder de los consumidores. Desde esta perspectiva, existe competencia perfecta cuando el número de firmas que venden un producto homogéneo es lo suficientemente grande como para impedir que una sola firma concentre



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

llamada completa, simétrica o perfecta)¹⁹ a efectos que las partes de una transacción puedan tomar una decisión evaluando todas las posibilidades y riesgos de esta, y así poder maximizar su beneficio dentro de los mercados, tratando de evitar que se generen beneficios extraordinarios para cualquiera de las partes.

52. En el mercado portuario, el administrador de esta infraestructura (monopolista) se encuentra en mejor posición respecto de la información que los usuarios intermedios manejan, por lo que, con el objeto de reducir los problemas surgidos por asimetría de información y así promover y favorecer la competencia para cumplir con la finalidad de generar el bienestar de los usuarios finales, el REMA ha fijado como uno de los principios del acceso a las ITUP, el de plena información.

53. El principio de plena información busca atacar el problema de asimetría de información entre la entidad prestadora, su empresa vinculada (que no es el caso) y el resto de empresas operadoras²⁰. En virtud de este principio las entidades prestadoras deben brindar a los usuarios información clara, precisa, expresa y oportuna.

54. Este Tribunal considera que existe una información mínima que la entidad prestadora debe publicar, tal es el caso de:

- i.- Las políticas de operación de la infraestructura –que incluyen la asignación del espacio limitado concesionado;

más que pequeñas partes del mercado, no pudiendo cada firma, individualmente considerada, afectar los precios con su comportamiento.” SOLANES, Miguel. “Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado”. Santiago de Chile. Naciones Unidas. 1999. p 18.

“A menudo se considera que los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por las cuatro condiciones siguientes:

- 1. Todas las empresas venden el mismo producto estandarizado. (...)*
- 2. El mercado tiene muchos compradores y vendedores, cada uno de los cuales sólo compra o vende una pequeña proporción de la cantidad total intercambiada. (...)*
- 3. Los recursos productivos son móviles. (...)*
- 4. **Los compradores y los vendedores están perfectamente informados.** (...).”*

BERNANKE, Ben y FRANK, Robert. “Principios de Economía”. MC Graw Hill. Méjico. 3ª Ed. 2007. p. 176.

¹⁹ “El mercado y el derecho privado parten de la base de contar con información adecuada, (‘perfecta’), capacidad de evaluación de la información y de los cursos alternativos por parte de los agentes económicos, como también de las consecuencias de cada curso de acción.”

²⁰ La intervención del Estado se justifica en la medida en que se enfoque hacia la difusión de la información, en consecuencia, a la reducción de la incertidumbre acerca de los resultados de la toma de decisiones en los mercados.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

- ii.- Las políticas comerciales, incluyendo los descuentos sobre las tarifas máximas reguladas;
- iii.- Los requisitos y/o manuales técnicos, ambientales y de seguridad específicos a la infraestructura donde solicita el acceso.
- iv.- El grado de utilización de la infraestructura, según los estándares relevantes de cada una, incluyendo, donde sea relevante, la frecuencia y horarios;
- v.- Contratos entre operadores y entidades prestadoras, para la utilización de la infraestructura.

55. Pero esta información mínima no debe entenderse como limitante, sino que en aplicación del principio la entidad prestadora tiene que otorgar la información necesaria que los usuarios requieran para poder tomar la decisión de entrar o no en el mercado de los servicios esenciales. Esta información que brinden las entidades prestadoras deberá ser oportuna, clara, precisa y expresa, a efectos que los usuarios puedan tomar una decisión de mercado tomando en cuenta todos los costos, riesgos y beneficios de esta; de lo contrario se afectaría el bienestar del usuario intermedio (que se replica en la afectación del bienestar del usuario final), la eficiencia del mercado y vulnerando con ello la competencia.

56. Sobre la base de lo expuesto se puede colegir que el principio de plena información tiene carácter público, siendo su cumplimiento obligatorio por parte de las entidades prestadoras, puesto que su finalidad es favorecer la competencia en el mercado de las ITUP, lo que está en concordancia con el artículo 61° de la Constitución Política del Perú²¹, que protege libre competencia,

²¹ **Constitución Política del Perú**

"Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."

Sobre esta disposición el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 018-2003-AI/TC ha señalado lo siguiente:

"El artículo 61° de la Constitución prescribe que 'El Estado facilita y vigila la libre competencia'.

La libre competencia se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.

Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes:

- a) *La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.*



puesto que en su protección subyace la defensa del *interés público al mantenimiento de un sistema económico competitivo efectivo y no falseado; el interés de las empresarios y el interés de los consumidores y usuarios*²².

57. Ahora bien, según el Anexo 2 del REMA²³, el embarque y la descarga de minerales califica como un servicio esencial ya que utiliza necesariamente las facilidades esenciales portuarias; en ese sentido, el acceso al puerto para brindar dicho servicio tiene que cumplir con los procedimientos y principios establecidos en el REMA, entre ellos con el principio de plena información.

58. Así ha sido entendido por el MTC, que en los Lineamientos establece expresamente en el numeral 4.2.1 que para efectuar la instalación y utilización de una Faja Transportadora Hermética Móvil en las instalaciones de un puerto de uso público, el Usuario Intermedio deberá contar con un Contrato o Mandato de Acceso, conforme a lo señalado en el REMA.

59. De acuerdo con los documentos que obran en el expediente, y como se mencionó en los antecedentes, ENAPU dando cumplimiento al DS 015, con

(...)

b) *La audeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).*

(...).

c) *La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).*

Dicho supuesto debe ser necesariamente concordado con el concepto de diferenciación e igualdad real de oportunidades."

²² OTERO LASTRES, José Manuel. "Libre competencia y competencia desleal". En: <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1182508316431.pdf>. (25 de mayo de 2009)

²³ "Anexo 2: Lista de Servicios Esenciales sujetos al REMA

PUERTOS

- *Estiba y desestiba.*
- *Transferencia o tracción de carga.*
- *Practicaje.*
- *Remolcaje.*
- *Amarre y desamarre.*
- **Embarque y descarga de carga.**
- *Abastecimiento de combustible"*

[Subrayado agregado]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

fecha 29 de mayo de 2008, publicó una comunicación en los diarios "El Peruano" y "El Comercio", invitando a cualquier tercero interesado a presentar, de estimarlo pertinente, solicitud de acceso para el ingreso de fajas transportadoras herméticas móviles para el embarque de minerales a granel en el TPC.

60. Hay que tener presente que según lo prescrito por el artículo 55° del REMA²⁴, cuando se presenten solicitudes de acceso, y éstas se declaren procedentes, la Entidad Prestadora deberá publicar un aviso con el extracto de dicha solicitud, en un plazo máximo de cinco (05) días contados a partir de la fecha de notificación de esta declaración o del vencimiento del plazo establecido en el artículo 54° del mismo cuerpo legal. Con relación a la infraestructura misma, y según la exigencia del artículo 56° del REMA, esta publicación deberá contener²⁵

²⁴ **REMA**

"Artículo 55°.- Publicación de la Solicitud de Acceso.

Cuando la Solicitud de Acceso es declarada procedente, la Entidad Prestadora deberá publicar un aviso con el extracto de esta solicitud, en un plazo máximo de cinco (05) días, contados a partir de la fecha de notificación de esta declaración o del vencimiento del plazo establecido en el artículo anterior. Dicha publicación deberá realizarse en el Diario Oficial "El Peruano" o en otro diario de mayor circulación nacional o local en la que se encuentra ubicada la infraestructura. Asimismo, el referido aviso deberá difundirse en la página Web de la Entidad Prestadora.

Se concederá un plazo de diez (10) días contados desde la fecha de la última publicación del aviso a que se refiere el párrafo anterior, para que cualquier interesado en contar con Acceso a la misma infraestructura pueda presentar una solicitud señalando su interés por brindar el mismo Servicio Esencial.

La Entidad Prestadora podrá publicar en un mismo aviso información relativa a más de una Solicitud de Acceso para una o varias infraestructuras; siempre y cuando se cumplan con los plazos establecidos.

En el caso de los Servicios Esenciales que no enfrentan restricciones a la disponibilidad de uso de infraestructura calificada como Facilidad Esencial, de conformidad con lo que establece el literal a) del Artículo 14° del presente Reglamento, no será necesario realizar la publicación de la solicitud de acceso a que se refiere el presente Artículo. En tal caso, las partes iniciarán la negociación directa en el plazo establecido en el artículo 58° del presente Reglamento.

El incumplimiento de estas obligaciones será considerado como infracción, y por tanto está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones."

²⁵ **REMA**

"Artículo 56°.- Contenido del aviso de Solicitud de Acceso.

El aviso contendrá únicamente lo siguiente:

- a) Nombre de la Entidad Prestadora.*
- b) Empresa o empresas que han solicitado el Acceso.*
- c) Servicios a brindar por la empresa solicitante.*
- d) Infraestructura solicitada.*
- e) Ubicación de la infraestructura.*
- f) Disponibilidad de la infraestructura.*



OSITRAN

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

información sobre los servicios a brindar por la empresa solicitante, la infraestructura solicitada, su ubicación y disponibilidad.

61. En ese sentido, ENAPU, luego de haber declarado la procedencia de las solicitudes, en cumplimiento de las normas citadas, publicó un extracto de las solicitudes presentadas por COSMOS, CORMIN y PERUBAR. Los dos avisos publicados contenían, entre otra, la siguiente información:

- ✓ **Empresas Solicitantes:** CORMIN y COSMOS (aviso del 03 de julio de 2008) y PERUBAR (aviso del 14 de julio de 2008).
- ✓ **Infraestructura solicitada:** Provisionalmente en el **Muelle N° 5C, hasta el acondicionamiento del Muelle N° 3B del TPC**, donde se ubicaran finalmente.
- ✓ **Disponibilidad de la infraestructura:** la disponibilidad de la infraestructura es **para dos (2) fajas transportadoras herméticas móviles**.

62. Posteriormente, ENAPU informó a las empresas solicitantes que el mecanismo de acceso definitivo era el de negociación directa teniendo en cuenta que en el muelle podrán operar dos (2) fajas transportadoras herméticas móviles en forma simultánea y que el TPC tiene un parqueadero con capacidad para tres (3) fajas adicionales.

63. En resumen, para determinar si se vulneró el principio de plena información, se tiene que establecer si antes de la decisión de negociación directa tomada por ENAPU, la infraestructura involucrada y/o la disponibilidad de la ésta fue comunicada oportunamente a los usuarios intermedios o estos tenían la posibilidad de conocerla.

64. Con relación a la infraestructura involucrada, en el primer comunicado de ENAPU se señala expresamente que *"la operación de las fajas transportadoras herméticas móviles se efectuará provisionalmente en el Amarradero C del Muelle Norte (Muelle 5) del Terminal Portuario del Callao hasta el acondicionamiento del Amarradero B del Muelle N° 3 del Terminal Portuario del Callao, donde se deberán ubicar posteriormente"*.

g) Fecha máxima para que los interesados manifiesten su interés.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

65. Como resulta evidente, la infraestructura que ENAPU publicó como solicitada por los usuarios intermedios es la misma que estableció en su comunicado: **Muelle 5C, provisionalmente y, posteriormente, de manera definitiva el Muelle 3B.**
66. En ninguna de estas publicaciones (comunicado y extracto de solicitudes) se indicó explícitamente que el servicio se efectuaría considerando también la zona de parqueo o que alguno de los usuarios haya solicitado dicha infraestructura, además del Muelle 3B o 5C. Todos los solicitantes se allanaron a la infraestructura descrita en el comunicado o, por lo menos así lo entendió ENAPU, que publicó en los extractos que la infraestructura solicitada únicamente eran los muelles mencionados.
67. Sin embargo, CORMIN señala que el parqueo estuvo considerado desde el primer momento en el comunicado del 29 de mayo de 2008²⁶. Sustenta lo citado en el hecho que en los requerimientos técnicos se señaló que:

"Los requerimientos mínimos del equipo a utilizar son los siguientes:

- Autopulsado provisto de apoyos, con tolva cubierta de recepción de 30 TM de capacidad, diseñado para atender a un ritmo de 1000 TM/hora, provisto de faja hermética, boca de descarga direccionable, estructura de acero autoportante, correspondiendo el equipo a una unidad móvil autónoma para cambio de sitio y transporte desde y hacia la zona de estacionamiento fuera del muelle y áreas operativas.*

(...)"

[Subrayado y resaltado agregado]

68. Al respecto, este Tribunal considera que la conclusión de CORMIN es una inferencia que no puede ser aplicada a los demás usuarios, puesto que de lo citado no se desprende de manera indubitable que el parqueo se encuentre considerado como infraestructura involucrada para brindar el servicio embarque y descarga de minerales por fajas transportadoras, máxime si cuando en el comunicado se hace referencia a la operación, tal como hemos mencionado, se señala que la operación se efectuará en los muelles 3B (provisionalmente) y 5C (definitivamente), por lo que no todos los interesados podrían llegar a la conclusión a la que arribó esta empresa,
69. Adicionalmente a lo descrito, debe considerarse que cuando ENAPU realiza la publicación de las solicitudes, establece claramente que la disponibilidad de la infraestructura es de dos (2) fajas transportadoras móviles, pero cuando

²⁶ Ver escrito del 13 de marzo de 2008, pp. 52-53.



comunica a las empresas solicitantes su decisión sobre el mecanismo de acceso, señala que en el muelle pueden operar dos (2) fajas y que el TPC tiene un parqueadero con capacidad para tres (3) fajas. Esta última comunicación significa entonces que la disponibilidad de la infraestructura para brindar el servicio es para cinco (5) fajas y no sólo para dos (2) como inicialmente informó ENAPU en sus publicaciones.

70. En esta línea de pensamiento, se puede inferir válidamente que cuando ENAPU señaló en las publicaciones que la disposición era de dos (2) fajas, únicamente estaba considerando a la infraestructura muelle, y no incluía la zona de parqueo.
71. Por tanto, al involucrar al parqueo dentro de la infraestructura, ENAPU está cambiando las condiciones primigenias del procedimiento de acceso, condición que, conforme con el principio de plena información concordante con el artículo 56° del REMA, debe estar definido desde el inicio del procedimiento y tiene que ser objeto de publicación para que cualquier interesado en brindar el servicio en cuestión, pueda realizar la evaluación pertinente y, sobre la base de la información brindada, decidir su ingreso al mercado en cuestión.
72. Además, tampoco es correcto cuando ENAPU y CORMIN alegan que en los numerales 4.2.2 y 4.4.1 de los Lineamientos²⁷ se había definido que la zona de parqueo era parte de la infraestructura involucrada.
73. En efecto, en los numerales aludidos se establece que se deberá prever un área de ensamblaje de la faja transportadora, y un área para limpieza; sin embargo, no es posible deducir que dichas áreas son las áreas de parqueo. Los Lineamientos no definieron expresamente que las zonas para el ensamblaje y limpieza eran las zonas de parqueo, estas debieron ser determinadas por ENAPU al momento de establecer la disponibilidad de la infraestructura, situación que no aconteció.
74. Además, de acuerdo con los Lineamientos la infraestructura adicional al muelle está destinada expresamente para ensamblaje y limpieza; sin embargo, cuando

²⁷ **Lineamientos técnicos para el uso de fajas transportadoras herméticas para el embarque y desembarque de graneles sólidos** (aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-MTC)

4.2.2 *El Contrato o Mandato de Acceso para la instalación de una Faja Transportadora Hermética Móvil previsto en el numeral anterior, deberá prever la existencia de un área que permita el ensamblaje de la Faja Transportadora Hermética, sin obstruir otras actividades en el puerto.*

(...)

4.4.1. *En caso de ser una faja móvil, una vez concluido el embarque o desembarque se retirará la faja para hacer la limpieza correspondiente. El administrador portuario brindará un área adecuada para tal fin.*

ENAPU decide introducir las zonas de parqueo no las incluye para que se cumplan dentro de esta área dichas operaciones, sino se considera esta área como zona de retén para tres (3) fajas, mientras se encuentran funcionando las otras dos (2) fajas en el muelle.

75. En consecuencia, no es acertado señalar que los Lineamientos hayan establecido la zona de parqueo como infraestructura involucrada, porque no hay un expreso mandato de la norma. Además, en los lineamientos las áreas adicionales eran para ensamblaje y limpieza, pero no para que sirvan de retén de otras fajas, esto ya ha sido determinado por ENAPU, pero sin realizar la publicación correspondiente.
76. Entonces, al haber cambiado la entidad prestadora las condiciones del acceso, respecto de la disponibilidad de la infraestructura de dos (2) a cinco (5) fajas, también debió haber realizado la publicación de las solicitudes con las nuevas condiciones sobre disponibilidad de la infraestructura. El no haberlo hecho implica no sólo un incumplimiento del artículo 56° del REMA, sino también vulnera el principio de plena información y, por ende, se afecta la competencia en los mercados de ITUP que busca promover el REMA, lo que conlleva la vulneración al interés público que subyace en el fomento de esta.
77. Considerando el interés público que busca resguardar el principio de plena información, su cumplimiento, y el de las normas que buscan su plasmación, como el artículo 56° del REMA, resultan de obligatorio cumplimiento, y su inobservancia implicaría la vulneración al derecho al debido procedimiento que tienen los usuarios intermedios solicitantes y potenciales, puesto que la información es una condición necesaria de los procedimientos de acceso a las ITUP, en busca de tratar de conseguir los beneficios de la competencia.
78. En ese sentido, el no haber cumplido plenamente con el principio de plena información y el artículo 56° del REMA, se ha vulnerado el principio de legalidad contenido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)²⁸, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad del inciso 1 del artículo 10° de la misma norma.

²⁸ LPAG

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo"

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
 - 1.1. **Principio de legalidad**.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

79. Adicionalmente a la vulneración del principio de legalidad, también se ha quebrantado, como ya hemos establecido, el debido procedimiento del acceso, por lo que se ha inobservado uno de los requisitos de validez del acto administrativo, como es el de procedimiento regular²⁹. Este vicio resulta insubsanable según lo prescrito en el numeral 14.2.3 del inciso 14.2 del artículo 14° de la LPAG³⁰, por lo que también se ha incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 2 del artículo 10° del cuerpo legal en mención.

80. En conclusión, al haberse vulnerado el principio de plena información e incumplido el artículo 56° del REMA, incurriendo en los vicios de nulidad de los incisos 1 y 3 del artículo 10° de la LPAG, debe acogerse el recurso de apelación interpuesto por COSMOS, debiendo declararse la revocatoria de la Resolución de ENAPU, y nula de pleno derecho su decisión de optar por el mecanismo de negociación directa; en consecuencia, debe convocarse a un nuevo procedimiento en el que se observe las disposiciones del REMA.

81. Habiéndose determinado la existencia de nulidad de la decisión de ENAPU, no resulta necesario ni pertinente pronunciarse respecto del fundamento de esta decisión, por estar viciada de nulidad. Sin embargo, este colegiado considera que existen algunos puntos expuestos por las partes en sus escritos y en la audiencia de vista de la causa e informe oral, que es conveniente aclarar.

²⁹ **LPAG**

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos"

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. *Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."*

³⁰ **LPAG**

"Artículo 14.- Conservación del acto"

(...)

14.2 *Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:*

(...)

14.2.3 *El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado."*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

82. En primer término COSMOS alega que la decisión de optar por el mecanismo de negociación directa fue tomada por OSITRAN y ENAPU, recogiendo la posición del MTC.
83. Debe aclararse, en contra de lo sostenido por COSMOS que en aplicación del REMA, es a la entidad prestadora a quien le corresponde definir el mecanismo de acceso. Por lo que lo manifestado por OSITRAN en el Oficio N° 2015-08-GS-OSITRAN no constituyen una decisión, sino simples opiniones o declaraciones que deben ser evaluadas por ENAPU a fin de tomar la decisión.
84. En ese sentido, la opinión de OSITRAN no era pasible de cuestionamiento, como mal hizo COSMOS al iniciar un procedimiento a fin que OSITRAN reconsidere su "*decisión*" respecto al mecanismo de acceso, el cual culminó con la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 007-2009-GG-OSITRAN, que confirmó la incompetencia de OSITRAN para modificar la decisión adoptada por ENAPU.
85. En el mismo sentido, tampoco es válido lo sostenido por COSMOS, respecto que las los órganos técnicos de ENAPU habían decidido por la subasta. Al igual que la opinión de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, dichas recomendaciones no significaron que ENAPU había elegido a la subasta como mecanismo de acceso, sino que estos órganos de consulta emitían opinión a efectos que los órganos con la competencia para tomar la decisión evalúen el sustento y la pertinencia de la recomendación.
86. Por otro lado, con relación a la motivación de la resolución emitida por la Gerencia de Terminales Portuarios de ENAPU, debemos destacar que el único argumento de este órgano de la empresa portuaria para desestimar el reclamo de COSMOS fue el hecho que las negociaciones para el acceso se encuentran en su etapa final y que COSMOS había aceptado las condiciones del acceso.
87. Sobre este argumento debemos precisar que el hecho que COSMOS haya seguido con las negociaciones no afecta su derecho a contradecir tal decisión si aún se encuentra dentro del plazo para hacerlo, su conducta no implica conformidad con la decisión, la conformidad de un acto administrativo se da cuando vencido el plazo para cuestionar no se ejerce tal derecho, por lo que el argumento de los actos propios no puede ser considerado como un limitante del derecho de reclamo de COSMOS, máxime si como se ha determinado, se han vulnerado principios y normas de interés público.



OSITRAN

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

88. Adicionalmente, resulta pertinente la oportunidad de manifestar la preocupación de este Tribunal respecto de la motivación de las resoluciones expedidas por la Gerencia de Terminales Portuarios de ENAPU. Estos actos administrativos, en su gran mayoría se encuentran deficientemente motivados, o en su defecto, se fundamentan en *opiniones* de sus órganos técnicos, los que en su mayoría se constituyen en dichos de parte, y no en argumentos fehacientes que sustenten su decisión, lo cual atenta no sólo contra un debido procedimiento de los administrados, sino también contra el principio de congruencia de las resoluciones administrativas. En ese orden de ideas, se recomienda e exhorta a los órganos competentes de ENAPU a sustentar de manera razonada, motivada y congruente³¹, máxime si se constituye en un requisito de validez de los actos administrativos³².

III.2.4. Informe a la Gerencia de Supervisión

89. Cabe destacar que el incumplimiento del principio de plena información y del artículo 56° del REMA es considerada como infracción, por lo que está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones³³.

90. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 66° del RIS, póngase en conocimiento de la Gerencia de Supervisión la presente resolución, a efectos que inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

³¹ "La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso". Fundamento N° 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 2192-2004-AA/TC.

³² **LPAG**

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

³³ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 023-2008-TR-OSITRAN
RESOLUCION N° 006

POR TANTO:

Conforme lo establecido por los artículos 7° y 52° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN; y estando a lo acordado en la Sesión N° 007-2009-TSC-OSITRAN, realizada el 31 de marzo de 2009, el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, en ejercicio de sus funciones;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO de la decisión de la Empresa Nacional de Puertos S.A. de optar por la negociación directa como mecanismo de acceso para brindar el servicio de embarque y descarga de minerales a granel mediante el uso de fajas transportadoras herméticas móviles contenida en el Oficio N° 084-2008-ENAPU S.A./GC, Oficio N° 085-2008-ENAPU S.A./GC y Oficio N° 086-2008-ENAPU S.A./GC.

SEGUNDO.- En consecuencia se **ORDENA RETROTRAER** el procedimiento administrativo de de acceso para brindar el servicio de embarque y descarga de minerales a granel mediante el uso de fajas transportadoras herméticas móviles, hasta la etapa anterior de las publicaciones de los extractos de las solicitudes de COSMOS S.A.C., CORMIN CALLAO S.A.C. y PERUBAR S.A.

TERCERO.- PONER en conocimiento de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución, con la finalidad que inicie el procedimiento administrativo sancionador, conforme con el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

CUARTO: DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores Vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

