



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

Nº 046-2014-CD-OSITRAN

Lima, 01 de octubre de 2014

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN; el escrito presentado por el Concesionario el 16 de setiembre de 2014, el Informe N° 028-GRE-GAJ-OSITRAN elaborado conjuntamente por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el 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 7.1 del artículo 7° de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la Función Reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el artículo 2° del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (LMOR), aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la Función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, mediante Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN y sus modificaciones se aprobó el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), el cual establece la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará OSITRAN cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte;

Que, en el artículo 21 del RETA se precisa que cuando las Entidades Prestadoras 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 diferentes;

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



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

Pág. 1 de 4





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en su calidad de Concedente; y, APMT;

Que, mediante Carta N° 259-2013-APMTC/GC, notificada el 18 de noviembre de 2013, APMT solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), con copia al OSITRAN, que analice las condiciones de competencia del Servicio Especial denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúas pórtico de muelle", de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio N° 063-2013/ST-CLC-INDECOPI, notificado el 18 de diciembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI solicitó a OSITRAN informar si el Servicio Especial denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga con grúas pórtico de muelle" califica (i) como servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión o (ii) como servicio nuevo, según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN;

Que, mediante Carta N° 259-2014/PRE-INDECOPI, notificada el 24 de abril de 2014, la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI remitió a APMT, con copia a OSITRAN, la opinión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia respecto de las condiciones de competencia en la prestación del servicio "Incremento de productividad en la carga/descarga con grúas pórtico de muelle", contenida en el Informe N° 019-2014/ST-CLC-INDECOPI y el Memorado N° 074-2014/ST-CLC-INDECOPI;

Que, mediante Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN, de fecha 10 de julio de 2014, sustentada en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró que el servicio denominado "Incremento de Productividad en la Carga/Descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle", propuesto por APMT no califica como Servicio Especial, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión;

Que, con fecha 06 de agosto de 2014, APMT interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución antes mencionada, alegando, entre otros argumentos, que dicha resolución no cumplía con el principio de transparencia y, además, que el Contrato de Concesión resulta claro al indicar que la participación de OSITRAN en su Función Reguladora solo se da siempre que el INDECOPI haya emitido su pronunciamiento en el cual señale que no existen condiciones de competencia en el mercado sobre un determinado Servicio Especial, generándose con ello el inicio del proceso de fijación y/o revisión tarifaria, supuesto que no ocurre en el presente caso. Asimismo, señala que la Resolución materia de impugnación no ha tomado en cuenta el alcance y sentido que las Partes y el propio Regulador han determinado para los Servicios Especiales que APMT puede prestar en el Terminal Norte Multipropósito;

Que, mediante Carta N° 460-2014-APMTC/GG, notificada el 13 de agosto de 2014, APMT solicitó el uso de la palabra para informar oralmente ante el Consejo Directivo de OSITRAN. Dicha audiencia se llevó a cabo el 05 de setiembre de 2014;

Que, con fecha 16 de setiembre 2014, APMT presentó un escrito de "Téngase presente" a fin que sea considerado antes de resolver;





Que, mediante Informe N° 028-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 25 de setiembre de 2014, elaborado conjuntamente por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, y la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, se analiza el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario, recomendando que se declare infundado, entre otras, por las siguientes consideraciones:

- (i) El Regulador cumplió con lo que establece el Principio de Transparencia, dado que la Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN se encuentra debidamente motivada en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN que la sustenta. Asimismo, para evaluar si el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" calificaba como Servicio Especial, OSITRAN utilizó los mismos criterios que fueron empleados en la Resolución 032-2012-CD-OSITRAN, en concordancia con los Principios de Transparencia y Predictibilidad. Por otro lado, la Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN así como el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN fueron notificados al Concesionario y al Concedente, mediante Oficio Circular N°024-14-SCD-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2014. Finalmente, los documentos de este procedimiento se encuentran debidamente publicados en la web del OSITRAN, lo cual constituye una garantía adicional de la transparencia del procedimiento.
- (ii) De acuerdo a la Ley de Creación de OSITRAN, este Regulador tiene como misión cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. En esa línea, OSITRAN tiene la obligación de verificar que los servicios portuarios que presta el concesionario y, por los cuales exige a los usuarios el cobro de una tarifa o de un precio, se haga necesariamente acorde con la naturaleza del servicio definida en el propio Contrato de Concesión, ya que ello justamente garantiza que, por un lado, la empresa concesionaria pueda exigir el pago de las tarifas o precios al que legítimamente tiene derecho para recuperar sus inversiones y, por otro lado, que los usuarios paguen por el real servicio que se les está prestando.
- (iii) Este deber de analizar la naturaleza del servicio portuario propuesto por el concesionario, subsiste, incluso, cuando el INDECOPI hubiese determinado la existencia de condiciones de competencia que enfrentaría el servicio especial, así denominado por el concesionario, debido a que dicha autoridad, como se ha indicado en la resolución impugnada, no efectúa evaluación alguna sobre la naturaleza del servicio que propone el Concesionario. Esto último concuerda con lo señalado en la propia cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, según el cual el INDECOPI deberá pronunciarse sobre las condiciones de competencia en los mercados que no estén sometidos a regulación económica. Por tanto, el análisis sobre la naturaleza de los servicios no contraviene el Principio de Legalidad pues será realizado por el Consejo Directivo de OSITRAN de conformidad con los artículos 3 y 5 de su Ley de Creación y en ejercicio de su función reguladora, ya que dependiendo de la verdadera naturaleza del servicio, se gatillará o no la obligación de pago de las tarifas contractuales a cargo de los usuarios.
- (iv) Los nuevos argumentos presentados por el Concesionario con el fin de sustentar que el servicio en cuestión es un Servicio Especial no desvirtúan lo señalado anteriormente por el Regulador debido a que el servicio propuesto por el Concesionario es necesario e indispensable, recurrente y obligatorio.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, luego de evaluar y deliberar respecto el caso materia de análisis, el Consejo Directivo expresa su conformidad con el Informe de vistos, el cual lo hace suyo, incorporándolo íntegramente en la parte considerativa formando parte del sustento y motivación de la presente Resolución de conformidad con lo establecido por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 27838, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, y a lo dispuesto por el Consejo Directivo en la Sesión N° 523-14-CD-OSITRAN, de fecha 01 de octubre de 2014.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual se declaró que el servicio denominado “Incremento de Productividad en la Carga/Descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle”, propuesto por el Concesionario no califica como Servicio Especial, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 028-GRE-GAJ-OSITRAN a la empresa concesionaria APM Terminals Callao S.A., y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para los fines pertinentes.

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe). Asimismo, disponer la difusión del Informe N° 028-GRE-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 34466



INFORME N° 028-14-GRE-GAJ-OSITRAN



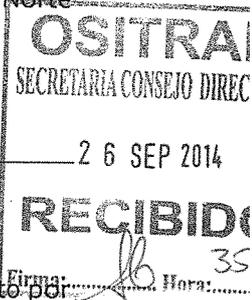
Para: JUAN RAFAEL PEÑA VERA
Gerente General

De: MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto: Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN (Propuesta de Servicio Especial Incremento de Productividad en la Carga/Descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle, en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao)

Fecha: 25 de septiembre de 2014



I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN que declaró que el servicio denominado "Incremento de Productividad en la Carga/Descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle", no califica como Servicio Especial sino que forma parte del Servicio Estándar, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

II. ANTECEDENTES

2. 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 (MTC) en su calidad de Concedente y APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en calidad de Concesionario.
3. Mediante Carta N° 259-2013-APMTC/GC, notificada el 18 de noviembre de 2013, APMT solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), con copia al OSITRAN, que analice las condiciones de competencia del Servicio Especial denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúas pórtico de muelle", de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.
4. Mediante Oficio N° 063-2013/ST-CLC-INDECOPI, notificado el 18 de diciembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI solicitó a OSITRAN informar si el Servicio Especial denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga con grúas pórtico de muelle" califica (i) como servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión o (ii) como servicio nuevo, según la definición del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.



5. Mediante Carta N° 259-2014/PRE-INDECOPI, notificada el 24 de abril de 2014, la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI remitió a APMT, con copia a OSITRAN, la opinión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia respecto de las condiciones de competencia en la prestación del servicio "Incremento de productividad en la carga/descarga con grúas pórtico de muelle", contenida en el Informe N° 019-2014/ST-CLC-INDECOPI y el Memorado N° 074-2014/ST-CLC-INDECOPI.
6. Mediante Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN, de fecha 10 de julio de 2014, sustentada en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN declaró que el servicio denominado "Incremento de Productividad en la Carga/Descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle", propuesto por APMT no califica como Servicio Especial, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión.
7. Con fecha 06 de agosto de 2014, APMT interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución antes mencionada.
8. Mediante Carta N° 460-2014-APMTC/GG, notificada el 13 de agosto de 2014, APMT solicitó el uso de la palabra para informar oralmente ante el Consejo Directivo de OSITRAN. Dicha audiencia se llevó a cabo el 05 de setiembre de 2014.
9. Con fecha 16 de setiembre 2014, APMT presentó un escrito de "Téngase presente" a fin que sea considerado antes de resolver.

III. ANÁLISIS

10. Tal como se ha señalado, APMT mediante su Recurso de Reconsideración impugnó la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN de fecha 10 de julio de 2014 que declaró que el servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" propuesto por APMT no califica como Servicio Especial.
11. A fin de emitir pronunciamiento, corresponde evaluar primero la admisibilidad y procedencia de dicho recurso impugnativo.

III.1 Sobre la admisibilidad del Recurso de reconsideración

12. El artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
13. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la LPAG, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer tales recursos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto¹.

¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
"212. - Acto Firme

14. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:

- Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
- Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
- Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días perentorios, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
- Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
- Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113º de la LPAG y sea autorizado por letrado.

15. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN:

- a. La Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo. APMT interpuso ante el mismo órgano el Recurso de reconsideración contra dicha resolución. Por tanto, dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el Recurso de Reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor, se entiende cumplido el primer requisito.
- b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora, puesto que, de acuerdo con los artículos 5º y 6º del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), el artículo 16º del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias, (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6º, concordado con el artículo 1º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del Recurso de reconsideración.
- c. Conforme lo establece el numeral 133.1 del artículo 133º de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que APMT fue notificado con la Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN, el 14 de julio de 2014, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del Recurso de Reconsideración venció el 06 de agosto de 2014; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207º de la LPAG.



Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)".

- d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN, se declaró que el servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" propuesto por APMT no califica como Servicio Especial, y, por ende, APMT no puede fijar libremente el precio de dicho servicio. En ese orden de ideas, APMT tiene legítimo interés para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.
16. El Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, se debe admitir a trámite el recurso administrativo interpuesto por APMT.

III.2. Sobre la procedencia del recurso de reconsideración

17. A fin de analizar la procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT se procederá a desarrollar el marco contractual y normativo que regula el Contrato de Concesión.

El Contrato de Concesión

18. El Contrato de Concesión con relación al marco legal aplicable, establece lo siguiente:

"1.23.68. Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión 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, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."

"1.23.73 Normas Regulatorias

Son los reglamentos, directivas y resoluciones que puede dictar el REGULADOR y que resulten aplicables a las Partes, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio."

"1.23.94. REGULADOR

Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley N° 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el artículo 24° del reglamento que aprueba el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM), así como los actos administrativos que emita, son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA."

"LEY APLICABLE

- 16.1 *El Contrato de Concesión se registrará 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 registrarán por dicha legislación, la misma que la SOCIEDAD CONCESIONARIA declara conocer."*

19. Por su parte, con relación al régimen económico, el Contrato de Concesión establece:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

(...)

- 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]

Marco Legal aplicable al Contrato de Concesión:

20. El literal b) del numeral 3.1) del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N° 27332, señala que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito.
21. Por su parte, el artículo 6 de la Ley de Creación de OSITRAN² señala que este Regulador ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias y atención de reclamos. Asimismo, el Literal b) del Numeral 7.1) del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
22. En la misma línea, los artículos 16º y 17º del REGO precisan que en ejercicio de su función regulatoria, OSITRAN puede determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, estableciendo que el Consejo Directivo ejerce la función reguladora de manera exclusiva.
23. De igual manera, el artículo 5º del RETA³ establece que la regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN.



² Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

³ Artículo 5.- Competencia exclusiva del OSITRAN

La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transportes de Uso Público es competencia exclusiva del OSITRAN, con forme lo establece el Literal b) del numeral 7.1 de la Ley 26917. En tal sentido, corresponde al OSITRAN disponer: i) la fijación, revisión o desregulación de Tarifas Máximas, ii) el establecimiento de reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y iii) el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan las reglas para la aplicación de tarifas.

24. Asimismo, los artículos 10° y 11° del RETA disponen que 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.
25. Por otro lado, los artículos 9° y 24° del RETA establecen que dicho Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo contrato de concesión si este 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.
26. Considerando lo antes expuesto, a continuación nos pronunciaremos sobre los argumentos contenidos en el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT.

III.3 Materia controvertida por APMT

27. APMT en su recurso administrativo y en su escrito de fecha 16 de setiembre de 2014, plantea, principalmente, los siguientes argumentos:

Argumentos Legales

- (i) OSITRAN se rige bajo el Principio de Subsidiariedad, por lo que corresponde que el Regulador se inhiba de adoptar decisiones que perjudiquen la libre autonomía privada de los participantes de un mercado específico. Una manifestación de este deber de inhibición del Regulador se presenta cuando se comprueba que un determinado Servicio se presta en condiciones de competencia y, por tanto, no corresponde que el OSITRAN deba intervenir ni dificultar la libre toma de decisiones que se realice entre la entidad prestadora y los usuarios.
- (ii) El Contrato de Concesión resulta claro al indicar que la participación de OSITRAN en su Función Reguladora solo se da siempre que el INDECOPI haya emitido su pronunciamiento en el cual señale que no existen condiciones de competencia en el mercado sobre un determinado Servicio Especial, generándose con ello el inicio del proceso de fijación y/o revisión tarifaria.
- (iii) Por ende, la Resolución materia de impugnación no se condice con la Función Reguladora, dado que no forma parte de dicha atribución la posibilidad que OSITRAN evalúe la naturaleza de los Servicios Especiales que quiera prestar APMT, más aún cuando se ha comprobado que dicho servicio se encuentra en condiciones de competencia.

Argumentos Económicos

- (i) La Resolución materia de impugnación no ha tomado en cuenta el alcance y sentido que las Partes y el propio Regulador han determinado para los Servicios Especiales que APMT puede prestar en el Terminal Norte Multipropósito.
- (ii) El alcance del servicio propuesto no se basa únicamente en la utilización de la grúa pórtico, sino que también se proveería una serie de recursos adicionales.



- (iii) Cuando se observan tasas no muy altas de ocupación, sería eficiente y normalmente preferible para un operador portuario alcanzar niveles de productividad no muy altos.
- (iv) El Regulador no ha considerado las condiciones particulares en las cuales el Contrato de Concesión ha determinado de manera previa los rendimientos y niveles de servicio que debe cumplir APMT.
- (v) Diversos tarifarios, contratos de concesión o contratos entre líneas navieras y operadores portuarios a nivel mundial permiten el cobro de un precio o recargo por incremento de productividad
- (vi) El mayor rendimiento observado en el Terminal Muelle Sur es fruto de la competencia, pero no es un argumento que pueda ser utilizado para decidir que el servicio propuesto forma parte del Servicio Estándar.
- (vii) Lo necesario, indispensable u obligatorio para completar el proceso de embarque y/o descarga de contenedores es que se otorguen las actividades que conforman el Servicio Estándar, bajo un nivel de productividad promedio y mínimo que se encuentra especificado en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.
- (viii) La estandarización o sistematización no es un aspecto que sea definido por la "recurrencia" y que distinga a los Servicios Estándar de los Servicios Especiales. Adicionalmente, a pesar de la estandarización del proceso de carga/descarga de contenedores, no se han logrado rendimientos promedio superiores a los 25 contenedores por grúa y hora en todas las naves, sino solo en algunas.
- (ix) La razón de ser del servicio propuesto es la asignación o utilización de recursos adicionales (personal y equipos), a pesar de que en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN se mencione que el servicio es de prestación obligatoria por parte del Concesionario pues la grúa pórtico de muelle forma parte del equipamiento necesario con el que el Concesionario está obligado a prestar el Servicio Estándar.
- (x) La existencia de funciones de producción distintas entre los procesos de carga/descarga de carga en contenedores y los procesos de carga/descarga de carga fraccionada y carga a granel sólido no es sustento para que los servicios "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" y "Provisión de equipos para incrementar productividad a solicitud del usuario" no sean comparables.
- (xi) Existe una distorsión en el sistema tarifario de los dos operadores del Terminal Portuario del Callao que se deriva de los propios contratos de concesión, en la medida que APMT se encuentra obligado a proveer un mayor número de actividades dentro de su Servicio Estándar.
- (xii) El Contrato de Concesión de APMT no prohíbe la prestación del servicio de incremento de productividad para carga/descarga de contenedores, por lo que permite que APMT facture un precio al usuario, ya que resulta una solución de mercado beneficiosa para el Concesionario y las líneas navieras.



- (xiii) Las líneas navieras poseen poder de negociación, el cual se genera porque el embarque/descarga de contenedores se da en el marco de un mercado contestable. Existen condiciones de competencia y, por tanto, la aplicación de la regulación tarifaria resulta infructuosa.

IV.3. Análisis de los Argumentos Legales formulados por APMT

A. Procedimiento para la prestación de servicios especiales previsto en el Contrato de Concesión

28. 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."

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

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

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

30. De otro lado, las cláusulas 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."

"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]

31. En virtud de lo expuesto, podemos señalar lo siguiente:
- (i) APMT está facultada a prestar, adicionalmente a los Servicios Estándar, los Servicios Especiales a todos los usuarios que lo soliciten (Cláusula 8.20).
 - (ii) APMT se encuentra obligada a prestar a los usuarios que lo soliciten los Servicios Especiales con tarifa (Cláusula 8.20).
 - (iii) Los Servicios Especiales son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar (Cláusula 1.23.98).
 - (iv) Por los Servicios Especiales, APMT tendrá derecho a cobrar un precio o una tarifa (Cláusula 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 RETA, APMT deberá presentar al INDECOPI su propuesta de servicio especial debidamente sustentada, a efectos que se pronuncie sobre las condiciones de competencia en un plazo de 70 días calendario (Cláusula 8.23).
 - (vi) Luego, en caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia, como parte del procedimiento, OSITRAN determinará la procedencia del inicio del procedimiento de fijación o revisión tarifaria según corresponda, para lo cual, tal como lo ha previsto el mismo contrato, serán de aplicación las normas del RETA (Cláusula 8.23).
32. En ese sentido, se puede apreciar que el procedimiento contractual para que el Concesionario pueda prestar Servicios Especiales involucra la participación de dos entidades de la Administración Pública, vale decir, INDECOPI y OSITRAN, las que, en el marco de sus competencias, emiten su pronunciamiento.
- B. Acerca del deber de OSITRAN de evaluar la naturaleza de los servicios propuestos por APMT**
33. Según APMT, la función administrativa otorgada a OSITRAN en materia tarifaria, se encuentra específicamente referida a la fijación, revisión o desregulación de tarifas. En esa medida, en aplicación de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, cuando APMT solicita al INDECOPI que se pronuncie sobre las condiciones de competencia y éste señala que sí existen condiciones de competencia, OSITRAN ya no se encuentra facultado a analizar si el servicio propuesto es un Servicio Especial o si se encuentra dentro de los alcances del Servicio Estándar.



34. Así, APMT señala que OSITRAN únicamente puede intervenir en aquellos casos que el INDECOPI ha determinado que no existen condiciones de competencia y, por tanto, corresponde que OSITRAN inicie el procedimiento de fijación tarifaria. Sólo en este escenario podrá analizar si el servicio propuesto es, en efecto, un Servicio Especial o si califica como parte del Servicio Estándar, según las definiciones previstas en el Contrato de Concesión.
35. Al respecto, lo expuesto por APMT resulta errado, toda vez que si bien constituye uno de los objetivos del OSITRAN contenidos en el artículo 5 de su Ley de Creación, Ley N° 26917, el "velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte", APMT no toma en consideración que la misión de este Regulador, conforme lo establece el artículo 3 de la mencionada Ley, es también "...regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios..." (el resultado y subrayado es nuestro).
36. Esto significa que, en el marco de los límites de actuación contenidos en dicha Ley y en la observancia de los principios y normas orientadoras de su accionar contenidas en la normatividad del ámbito de su competencia, el OSITRAN, en su condición de Organismo Regulador, debe orientar ciertamente su accionar a cautelar el interés de las empresas prestadoras del servicio público (provisión de infraestructura de transporte de uso público), lo cual se logra manteniendo los incentivos adecuados para que la inversión en los proyectos de infraestructura se de en los niveles previstos en los Contratos de Concesión para maximizar el bienestar social.
37. De esta forma, haciendo creíbles las reglas de juego previstas en los Contratos de Concesión, el Regulador busca garantizar que las empresas concesionarias retengan los incentivos a invertir y que puedan obtener un retorno adecuado a sus inversiones, considerando la especial naturaleza de éstas que se caracterizan normalmente- en el contexto de los prestación del servicio público de provisión de infraestructura -, por ser inversiones considerables, de difícil recuperación (costos hundidos), en activos específicos (no tienen utilidad en usos alternativos) y de largo plazo⁴.
38. No obstante, conforme se desprende de su mandato legal, el rol y la actuación del OSITRAN no se limita a cautelar exclusivamente el interés de los concesionarios, sino que además debe cautelar, de una manera imparcial y objetiva, el interés de los usuarios que son los beneficiarios del servicio que prestan las empresas concesionarias. En efecto, no debe perderse de vista que la principal razón económica para regular los servicios públicos es la existencia de empresas concesionarias que no enfrentan competencia, o la rivalidad que pudieran enfrentar es marginal, de tal forma que se impida el abuso de su poder de mercado. En este contexto, el objetivo del Regulador es evitar que las empresas monopólicas cobren precios excesivos aprovechando el poder de mercado que detentan. Para tal efecto, a través de la regulación de precios, el Regulador busca con la información disponible, replicar las condiciones que se presentarían con un mercado competitivo, con el objeto de disciplinar al monopolista y maximizar el bienestar de la sociedad a través de un mayor excedente para el consumidor y de beneficios que a la empresa regulada le permitan hacer sostenible la prestación del servicio. De esta forma, a través de la



⁴ Guash, J and Spiller, P (1999) "Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story (World Bank) pp. 31-32.

regulación de precios, el Regulador logra una mayor utilización de los bienes o de los servicios producidos que son brindados en condiciones monopólicas⁵.

39. En esta línea argumental, la regulación económica en los puertos tiene como principal objetivo controlar el poder de mercado con el que los operadores portuarios (concesionarios públicos o privados) pudieran contar, incentivando la competencia o regulando los precios de los servicios que ofrece. Al respecto, Sauri (2006) señala que *"los objetivos de la regulación son asegurar la competencia entre los diversos operadores del puerto; controlar los monopolios (incluidos los públicos) tanto los existentes como los potenciales; y evitar prácticas anticompetitivas"*⁶.
40. En ese contexto, queda claro que la función del Regulador debe orientarse a cautelar el interés de los empresarios prestadores del servicio, así como también a la *"Protección del Consumidor, respecto a posibles abusos del prestador del servicio"* y a *"Promoción de la calidad, extensión y continuidad del servicio"*, lo cual debe darse necesariamente de manera imparcial y objetiva. Este tratamiento imparcial y objetivo supone que el Regulador no debe otorgar condiciones que favorezcan a uno de los titulares de cualquiera de estos intereses por encima de otro, otorgando un tratamiento discriminatorio o diferenciado. Asimismo, la actuación del Regulador debe estar basado en la adopción de criterios objetivos que encuentren sustento en el marco regulatorio, razón por la cual cualquier actuación subjetiva debe ser rechazada por considerarse arbitraria. Esto, por lo demás, es el sustento de la autonomía técnico-funcional, y de la actuación transparente que se espera de un Organismo Regulador. Por tanto, esta actuación imparcial y objetiva son elementos esenciales para generar credibilidad en el proceso regulatorio y, por tanto, para generar confianza en los usuarios, inversionistas y el propio Estado⁸.
41. En ese orden de ideas, a fin de cumplir con el mandato que le ha sido impuesto legalmente consistente en cautelar de manera imparcial y objetiva los intereses de la empresa concesionaria – en este caso APMT -, y de los usuarios que utilizan la infraestructura portuaria, OSITRAN tiene la obligación de verificar que los servicios portuarios que presta el concesionario y, por los cuales exige a los usuarios el cobro de una tarifa o de un precio, se haga necesariamente acorde con la naturaleza del servicio definida en el propio Contrato de Concesión, ya que ello justamente garantiza que, por un lado, la empresa concesionaria pueda exigir el pago de las tarifas o precios al que legítimamente tiene derecho para recuperar sus inversiones y, por otro lado, que los usuarios paguen por el real servicio que se les está prestando, siendo esto precisamente la mejor expresión del tratamiento imparcial y objetivo de estos intereses que debe garantizar este Regulador.
42. Asumir lo contrario, esto es, que OSITRAN no pueda ni deba hacer esta verificación de la prestación del servicio acorde con su naturaleza prevista en el Contrato de Concesión, implicaría que los usuarios queden expuestos al riesgo de asumir un costo adicional por la prestación de un servicio que ha sido denominado como servicio especial, cuando en realidad este servicio tiene la naturaleza de estándar, lo cual evidenciaría un tratamiento



⁵ Ver Armstrong Cowan y Vickers (1994) "Regulatory Reform. Economic Analysis and British Experience". MIT Press. Cambridge, Massachusetts, London, England.

⁶ "Modernización y Regulación Óptima de las Concesiones de Terminales Portuarios de Contenedores". Tesis Doctoral. Universidad Politécnica de Catalunya. Barcelona.

⁷ Alonso, Aurelio. Las agencias de competencia y la desregulación: el TDC. En: Anuario de la Competencia 1996. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998. pp. 212.

⁸ Smith, W (1997) "Utility Regulators – The Independence Debate". Work Bank, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 127, p. 2.

que dista de ser imparcial y objetivo en la actuación que se espera de este Organismo Regulador.

43. La exigibilidad de esta obligación a cargo del Regulador resulta evidente ciertamente cuando se actúa en el marco de un procedimiento de fijación, ya que de acuerdo al artículo 61 del RETA en el marco del inicio del procedimiento de fijación tarifaria, existe una etapa para determinar la admisibilidad de la solicitud y otra para la evaluación de procedencia de la misma. De esta manera, frente a una solicitud de inicio de procedimiento de fijación tarifaria para la prestación de un servicio, OSITRAN procede a (i) determinar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 62 del RETA que establece el contenido de la solicitud de fijación o revisión y desregulación tarifaria; así como (ii) analizar la naturaleza del servicio materia de fijación tarifaria.
44. Sin embargo, justamente porque el Regulador tiene que cautelar los intereses de los concesionarios y los usuarios de una forma imparcial y objetiva, esta necesidad de realizar la evaluación sobre el servicio portuario propuesto por el concesionario, subsiste, incluso, cuando el INDECOPI hubiese determinado la existencia de condiciones de competencia que enfrentaría el servicio especial, así denominado por el concesionario, debido a que dicha autoridad, como se ha indicado en la resolución impugnada, no efectúa evaluación alguna sobre la naturaleza del servicio que propone el Concesionario en el marco de la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión – y tampoco le corresponde hacerla-, considerando que no cuenta entre sus atribuciones, previstas en el Decreto Legislativo N° 1033⁹, con la facultad de regular servicios provistos a través de infraestructura de transporte de uso público.
45. El análisis que efectúa el INDECOPI solo está referido a las condiciones de competencia del servicio especial que propone APMT. **No existe una evaluación de fondo por parte de dicha entidad respecto a la naturaleza del servicio portuario acorde con el Contrato de Concesión**, esto es, si el servicio propuesto por APMT es, en efecto, uno especial, lo cual, incluso, ha sido reconocido por esta autoridad, mediante Carta N° 259-2014-2014/PRE-INDECOPI, en la que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI señaló lo siguiente:



"55. Sin perjuicio de lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que no obstante las precisiones realizadas por APM sobre las características del servicio bajo análisis, no es claro que éste constituya un servicio especial que pueda ser considerado como un servicio no contemplado en el Contrato o como un servicio nuevo.

56. Cabe recordar que la cláusula 8.23 del Contrato establece lo siguiente:



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

⁹ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica. [Énfasis agregado]

57. Como se puede apreciar, una condición necesaria para que APM inicie la prestación de un servicio, es que éste califique como un servicio especial no previsto en el Contrato o como un servicio nuevo.

58. En el presente caso, de acuerdo con lo señalado por APM, éste considera que el embarque/descarga de carga contenedorizada realizada como una productividad (toneladas/hora) mayor a la establecida en el Contrato constituye un servicio no contemplado en el mencionado Contrato. De allí la propuesta del servicio denominado incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle.

59. Sin embargo, una interpretación distinta podría considerar que el servicio propuesto forma parte del servicio de embarque/descarga de carga contenedorizada contemplado en el Contrato como parte del servicio estándar a la carga. **Por ello, resulta conveniente que esto quede claramente establecido**".

[El énfasis es nuestro]

46. Como se puede advertir, el propio INDECOPI reconoce que no tiene facultades para definir la naturaleza del servicio propuesto por APMT, y esto resulta evidente dado que, como se habrá podido advertir, la definición respecto a si el servicio a prestarse en el terminal portuario es uno especial o estándar, de acuerdo a lo establecido en el propio Contrato de Concesión, constituye, en esencia, un aspecto regulatorio que le toca analizar exclusivamente a este Regulador, dado que se vincula directamente con la aplicación de las tarifas contractuales, ya que en caso el servicio propuesto por APMT no sea, en efecto, uno de naturaleza especial, sino más bien sea un servicio estándar, el usuario tiene la obligación de pagar (y el Concesionario el derecho de exigir) las tarifas previstas en el Anexo 5 del Contrato de Concesión.



47. Lo expuesto es consistente, incluso, con lo señalado en la propia cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, según el cual el INDECOPI deberá pronunciarse sobre las condiciones de competencia en los mercados que **no** estén sometidos a regulación económica. En efecto, dicha cláusula señala lo siguiente:

"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

8.23. (...) 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.** [El énfasis es nuestro]



48. Como se aprecia, la premisa para que el INDECOPI efectúe su análisis de condiciones de competencia es que exista certeza que el servicio propuesto es un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o se trate de un servicio nuevo, dado que en esos casos, por la propia naturaleza del servicio definida en el Contrato de Concesión, no existe necesidad de aplicar regulación económica, esto es, el régimen tarifario, para la prestación del servicio. Ante ello, resulta legalmente viable que el Regulador sea el

competente para determinar la naturaleza de los servicios que presta el Concesionario. Ello en tanto que, de acuerdo a lo establecido en la cláusula antes citada, el INDECOPI deberá pronunciarse sobre las condiciones de competencia en los mercados que no estén sometidos a regulación económica.

49. APMT ha señalado en su recurso de reconsideración que el Contrato de Concesión ha determinado de manera clara cuándo nos encontramos ante un Servicio Especial y cuando no. Así, señala que los Servicios Especiales son todos aquellos distintos a los Servicios Estándar que APMT se encuentra en la facultad de prestar a los usuarios. Asimismo, señala que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, OSITRAN interpretó los alcances de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, sobre la base del Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN, en el cual se indicó que los Servicios Estándar presentan, entre otros, las siguientes características distintivas:

- (i) Su prestación es necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga.
- (ii) Son actividades que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, con lo cual son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas.
- (iii) Son de prestación obligatoria por parte del Concesionario, como resultado de que se cumple (i) y que el Concesionario es el único que puede prestarlo (en concordancia con la cláusula 2.7 referido a la exclusividad que tiene el Concesionario para la prestación de todos los servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito).

50. Al respecto, justamente porque el Contrato de Concesión en sus Cláusulas 8.19 y 8.20 del Contrato de Concesión definen qué se debe entender por Servicio Estándar y por Servicio Especial, estableciendo, por tanto, las condiciones para la exigibilidad, ya sea de un tarifa o de un precio que deban pagar los usuarios; este Regulador no puede renunciar a su obligación de determinar, y definir, en cada caso en concreto, si el servicio que propone AMPT califica o no como un Servicio Especial. Ello, a fin de garantizar la correcta aplicación del Contrato de Concesión y con independencia del derecho que le asiste a APMT, conforme a lo establecido en la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, de solicitar al INDECOPI que analice las condiciones de competencia del "servicio especial" que propone el Concesionario.

51. En esa medida, corresponde que sea OSITRAN, en su calidad de organismo competente para velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, el que debe determinar si en un caso concreto, el servicio que propone APMT se encuentra dentro de los alcances del Servicio Estándar, según lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, y de acuerdo a las características señaladas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN; o, si por el contrario, califica como un Servicio Especial. Admitir lo contrario, implicaría que OSITRAN desconozca su deber de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las Entidades Prestadoras, y renuncie a su competencia administrativa, la cual no puede ignorar ni abstenerse de ejercerla debido al carácter inalienable de la competencia administrativa. Precisamente esta prohibición de renuncia se deriva claramente del artículo 65 de la LPAG, que establece lo siguiente:



"Artículo 65.- Ejercicio de la competencia

65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley (...)".

[Lo subrayado es nuestro]

52. Sobre el particular, **Morón Urbina**²⁰ señala lo siguiente:

"La competencia de un órgano administrativo es la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico, y por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas. (...) La competencia entonces es una potestad que compete asumir a quien la tiene atribuida como propia, y a la vez, constituye requisito para todo acto administrativo o acto de administración interna. (...)

Por ello, se prohíbe expresamente que las propias entidades puedan renunciar a la titularidad de una competencia administrativa o le habilite a abstenerse de ejercer una atribución. La nulidad que se derivaría de esta acción alcanzaría a los actos administrativos que se puedan haber dictado en este sentido, como a los contratos que la administración pueda haber suscrito (...)"

53. En el mismo sentido, **García de Enterría**²¹ señala lo siguiente:

"El principio de legalidad de la Administración, con contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.

(...)

La potestad es siempre una derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla la atribuya en concreto. Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. (...) Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas".

[Lo subrayado es nuestro]

54. Consecuentemente, de conformidad con el artículo 3 y 5 de su Ley de Creación, y ejercicio de la función reguladora, y por ende, acorde con el Principio de Legalidad²², OSITRAN

²⁰ Morón Urbina, Juan Carlos (2003). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, Lima, pág. 205.

²¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón (2006). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Palestra – TEMIS, Lima-Bogotá, pág. 478-481

²² LPAG

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.



resulta competente para determinar la naturaleza de los servicios que presta el Concesionario, y por tanto, definir si el servicio propuesto se encuentra dentro de los alcances del Servicio Estándar, según lo establecido en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, y de acuerdo a las características señaladas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN; o, si por el contrario califica como un Servicio Especial. Ello, no solamente en el marco de un procedimiento de fijación tarifaria, sino incluso, cuando el INDECOPI hubiese determinado la existencia de condiciones de competencia que enfrentaría el servicio especial, así denominado por el concesionario, ya que dependiendo de la verdadera naturaleza del servicio, se gatillará o no la obligación de pago de las tarifas contractuales a cargo de los usuarios.

55. Ello no implica, bajo ningún punto de vista, que la actuación de OSITRAN haya vulnerado o vulnere el interés legítimo del Concesionario, máxime considerando que éste se encuentra obligado a cumplir las Leyes y Disposiciones Aplicables, que de acuerdo a su definición prevista en la cláusula 1.23.68 del Contrato de Concesión, implica el *"conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión 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, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente"*. Asimismo, de acuerdo a la cláusula 14.7 del Contrato de Concesión, OSITRAN está facultado para 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, lo cual ha sido plenamente aceptado por el Concesionario.
56. Por tanto, lo que se busca garantizar es que el Concesionario pueda cobrar las tarifas o los precios, cuando corresponda según la naturaleza del servicio portuario a prestarse. Ello justamente explica el hecho de que este Regulador, con fecha 16 de junio de 2014, haya suscrito un Convenio de Cooperación Interinstitucional con INDECOPI, con el objetivo de establecer un mecanismo interno para generar predictibilidad en la aplicación del procedimiento seguido por ambas entidades, así como para generar certeza sobre si el servicio cuyas condiciones de competencia se someten a evaluación por parte de APMT ante el INDECOPI, al final, podrá ser prestado en el terminal portuario bajo la forma de un servicio especial. De esta forma, con el análisis efectuado, se logra un tratamiento imparcial y objetivo entre los intereses de la Entidad Prestadora y los usuarios.
57. Por todo lo expuesto, la posición de APMT no tiene sustento legal ni contractual alguno, razón por la cual debe desestimarse su recurso de reconsideración en este extremo.



IV.4. Análisis de los Argumentos Económicos formulados por APMT

A. Sobre los criterios que sustentan la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN

58. Como se ha indicado, APMT sostiene en su Recurso de Reconsideración que el Contrato de Concesión determinó de manera clara cuándo un servicio califica como Servicio

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios:

(...)

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 les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

Especial o Servicio Estándar. Afirma que, a pesar de ello, el Regulador consideró necesario interpretar de oficio los alcances de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, de manera que a través de la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 025-12-GRE-GAJ-OSITRAN, determinó el sentido y alcance de los Servicios Estándar y, por ende, de los Servicios Especiales.

59. En opinión del Concesionario, la Resolución materia del Recurso de reconsideración no ha tomado en cuenta el alcance y sentido que las Partes y el propio Regulador han determinado para los Servicios Especiales que APM puede prestar en el Terminal Norte Multipropósito.³³
60. APMT sostiene además, que las acciones del Regulador deben enmarcarse y limitarse por los principios contenidos en el Título III del Reglamento General del OSITRAN (en adelante, REGO)³⁴. En particular, el Concesionario cita dos principios contenidos en el Artículo 9° del REGO, a saber, el principio de transparencia y el principio de subsidiariedad.
61. Al respecto, cabe precisar que no es cierto que el Regulador no haya tomado en cuenta el alcance y sentido que las Partes y el propio Regulador han determinado para los Servicios Especiales que APMT puede prestar en el Terminal Norte Multipropósito. En efecto, el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN se fundamenta en el Contrato de Concesión y en la interpretación del Contrato que se hizo en Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN.
62. El numeral (iii) de la sección III.4 del citado informe utilizó los mismos criterios que fueron empleados en la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN con el fin de establecer si el Servicio propuesto por APMT denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" calificaba como un Servicio Especial. En otras palabras, empleó los siguientes criterios:
- (i) Su prestación es necesaria o indispensable para completar el proceso de embarque o descarga de la carga.
 - (ii) Son actividades que se efectúan de manera recurrente en cada movilización de la carga, con lo cual son susceptibles de ser sistematizadas o estandarizadas.
 - (iii) Son de prestación obligatoria por parte del Concesionario.



A.1. *Respecto el Principio de Transparencia*

63. Asimismo, es importante aclarar que la decisión adoptada por el Regulador en su análisis del servicio Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle, sí cumple con los principios de transparencia y subsidiariedad recogidos en el artículo 9° del REGO.
64. Al respecto, cabe precisar que el principio de transparencia es definido en el REGO de la manera siguiente:

"9.6 Principio de Transparencia.- El OSITRAN vela por la adecuada transparencia en su gestión y en la toma de decisiones de cualquiera de sus órganos, así como en el desarrollo de sus funciones. Toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN debe ser debidamente motivada y adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles."

³³ APMT (2014). Pp. 5-6.

³⁴ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.

65. El procedimiento seguido para la expedición de la Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN cumple con el citado principio de transparencia, por las siguientes razones:

- a. La Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN se encuentra debidamente motivada en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN que la sustenta. Cada uno de los argumentos que se utilizaron para sostener que el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" fueron debidamente analizados y evaluados por el Regulador.
- b. Para evaluar si el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" calificaba como Servicio Especial, OSITRAN utilizó los mismos criterios que antes fueron empleados en la Resolución 032-2012-CD-OSITRAN. Lo que garantiza la transparencia y predictibilidad de los actos del Regulador.
- c. La Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN así como el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN fueron notificados al Concesionario y al Concedente, mediante Oficio Circular N°024-14-SCD-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2014.
- d. Los documentos de este procedimiento se encuentran debidamente publicados en la web del OSITRAN¹⁵, lo cual constituye una garantía adicional de la transparencia del procedimiento.

A.2. *Respecto el Principio de Subsidiariedad*

66. Con relación al principio de subsidiariedad, el Concesionario sostiene que la actuación del OSITRAN debe limitarse para afectar en menor medida a la autonomía privada, y que el Regulador debería inhibirse de adoptar decisiones cuando se comprueba que un determinado Servicio se presta en condiciones de competencia ya que podría perjudicar la libre autonomía privada de los participantes de un mercado específico.
67. Sobre el particular, cabe precisar que el REGO define el citado principio de la manera siguiente:

"9.10 Principio de Subsidiariedad.- En el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los Usuarios. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se debe optar por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se opta por la que afecte menos a la autonomía privada. En tal sentido, la adopción de una disposición normativa y/o reguladora debe sustentarse en la existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las Entidades Prestadoras, de un lado, y los Usuarios, del otro."



¹⁵ Ver: http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/RESOL0322014CD/032CD_2014.pdf, último acceso: 16 de septiembre de 2014.

68. Al respecto, cabe precisar que de acuerdo con lo que establece la Cláusula 8.23¹⁶ del Contrato de Concesión, el Concesionario está facultado para presentar a INDECOPI su propuesta de Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión o un Servicio Nuevo, tal y como está definido en el Reglamento de General de Tarifas de OSITRAN. En ese sentido y como se mencionó anteriormente, el Regulador es la autoridad competente que determina la naturaleza de los servicios que presta el Concesionario, tal y como lo ordena el Contrato de Concesión, a fin de cumplir con el mando impuesto por el artículo 3 de su Ley de Creación, en virtud del cual el objetivo de OSITRAN es "...regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios..." (el resultado y subrayado es nuestro).
69. En este contexto, aun cuando APMT puede proponer ante el INDECOPI el "servicio especial" que desea prestar en el terminal portuario, a fin de que dicha autoridad analice las condiciones de competencia del servicio; a quien le corresponde analizar, determinar o definir si el servicio que se propone califica o no como un Servicio Especial, es al OSITRAN.
70. Este análisis efectuado por el Regulado es necesario para que INDECOPI pueda analizar correctamente si el servicio propuesto por el Concesionario, definido y acreditado como Servicio Especial, enfrenta efectivamente condiciones de competencia. De lo contrario, podría generarse una situación distorsionada por no definirse claramente la naturaleza del Servicio. Así, podría darse el escenario que los usuarios incurran en un costo adicional por la prestación de un servicio calificado como "Servicio Especial" cuando en realidad este servicio se encuentra dentro de los alcances del Servicio Estándar y, por ende, sujeto a un régimen tarifario regulado.

B. Sobre el alcance del servicio propuesto

71. Con relación al análisis económico llevado a cabo por el Regulador, APMT presenta argumentos referidos a cuatro aspectos: (i) el uso de equipos adicionales en la prestación del servicio propuesto; (ii) la conveniencia de que terminales de contenedores incrementen su productividad; (iii) los rendimientos establecidos en el Contrato de Concesión, y (iv) los contratos de concesión de terminales portuarios de otros países.

B.1. Con relación al uso de equipos adicionales

72. El Concesionario aclara que el alcance del servicio propuesto no se basa únicamente en la utilización de la grúa pórtico, sino que también se proveería una serie de recursos adicionales tales como "equipos de apoyo en tierra (*reach stalker, empty handler, terminal truck* y otros), personal, energía y otros".¹⁷ El servicio se facturaría entonces solo en aquellos casos en los que se cumpla con dos condiciones: (i) que el servicio sea solicitado por el usuario, y (ii) que se suministren equipos de apoyo y personal adicionales a los que

¹⁶ "[...] 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 y como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar a 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 sometidas régimen de regulación económica [...]"

¹⁷ APMT (2014). P. 12.

normalmente y en forma sistematizada provee el Concesionario para alcanzar un rendimiento promedio de 25 contenedores por grúa y hora.

73. El Concesionario sostiene que, en tal sentido, los alcances del servicio propuesto no se diferencian en puridad de otras solicitudes de Servicios Especiales para proveer a los usuarios de una mayor productividad a la que contractualmente se encuentra obligado, como es el caso del servicio de provisión de equipamiento para aumentar la productividad de carga fraccionada o sólida a granel.
74. El Concesionario definió el servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúas pórtico de muelle" como sigue:

"Incrementar el rendimiento de las operaciones de carga/descarga de contenedores, desde losa de muelle hasta bodega de nave o viceversa, con grúas pórtico de muelle por encima del nivel de productividad de 25 de movimientos por grúa y hora establecido en el Anexo N° 3 del Contrato de Concesión".¹⁸

75. Ciertamente, en la propuesta de servicio presentada, el Concesionario mencionó que para la prestación del servicio se requeriría de equipos de apoyo adicionales a la grúa pórtico, como los *terminal truck* o los *reach stalker*, así como de personal y energía que permita la operación de os equipos adicionales.¹⁹
76. Sin embargo, y tal como se dijo en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el suministro de equipos de apoyo adicionales a los que normalmente provee el Concesionario para alcanzar un rendimiento promedio de 25 contenedores por grúa y hora no es un requisito indispensable para incrementar la productividad de embarque/descarga de contenedores.
77. En efecto, el Sr. Enrique del Águila, Gerente de Operaciones de APMT, manifestó en la visita de inspección realizada el día 11 de junio de 2014, que las grúas pórtico de muelle en el Terminal Muelle Norte llegan a rendimientos de 30 contenedores por grúa y hora e inclusive a 40 contenedores por grúa y hora (en el caso de contenedores vacíos), con tan solo una mejora en la planificación de las operaciones y sin la intervención de equipos o personal adicionales.²⁰
78. Asimismo, el incremento en la productividad en el embarque/descarga de contenedores también puede alcanzarse mediante el alquiler de grúas móviles que complementen a la grúa pórtico de muelle (Servicio Especial Incremento de productividad de contenedores con grúa móvil).
79. Lo anterior es también reconocido por el Concesionario en el numeral 59 de su Recurso de reconsideración:

"59. En segundo lugar y respecto a que el nivel de productividad sólo se incrementa con la mejora en planificación que es producto de la sistematización y el uso de grúas móviles sin necesidad de equipos de apoyo y personal adicionales se debe mencionar lo siguiente:

¹⁸ APMT (2013). *Propuesta del Servicio Especial "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle"*. Documento remitido mediante Carta N° 258-2013-APMTC/GC, recibida el 18 de noviembre de 2013. P. 9.

¹⁹ Ver numeral 13 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN.

²⁰ Ver numeral 34 y Anexo N°1 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN.



i. Es cierto que los niveles de productividad se pueden incrementar mediante el alquiler de grúas móviles (Servicio Especial Incremento de productividad de contenedores con grúa móvil) o mediante mejoras en la planificación. No obstante, se puede afirmar que la forma de incrementar la productividad no se limita a las dos formas anteriores sino que dependiendo de las características de la nave sólo podría ser posible incrementar la productividad por grúa pórtico si es que se asigna personal y equipos de apoyo en tierra adicionales (reach staker, terminal truck, empty handler y otros).”

[El subrayado es nuestro.]

80. Considerando que el uso de personal y equipos de apoyo no constituye un requisito indispensable para incrementar la productividad de embarque/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle, las actividades y el equipamiento necesarios para la prestación del servicio propuesto bien podrían ser los mismos que aquellos requeridos para la prestación del Servicio Estándar. Es en tal sentido que en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN se concluyó que el servicio propuesto no califica como un Servicio Especial, sino que forma parte del Servicio Estándar.
81. El Concesionario sostiene también que más allá de las posibilidades de incremento de nivel de productividad que pueden obtenerse con el uso de grúas móviles y mejoras en la planificación, existirán solicitudes que solo podrían ser atendidas con la asignación de equipos de apoyo y personal adicionales que generen costos adicionales, lo cual haría necesario el cobro de un recargo o precio adicional al del Servicio Estándar.
82. Las solicitudes de mayores niveles de productividad pueden ser atendidas por el Concesionario, a través de una mejor planificación que involucre asignar de forma óptima el equipamiento y personal que dispone. En ese sentido, el Concesionario tenderá a buscar ganancias de eficiencia con la finalidad de reducir costos e incrementar sus márgenes de ganancia, dado que sus tarifas son máximas. Si no existe una adecuada planificación en el terminal, entonces es muy probable que los costos medios de procesar los contenedores se incrementen, sin embargo, este tipo de ineficiencia no debe ser asumido por los usuarios sino por el Terminal Portuario.
83. Asimismo, emplear mayor equipamiento o personal, no altera o modifica la naturaleza misma del Servicio, que es el Servicio Estándar. En otras palabras, se trata de los mismos insumos (equipo y mano de obra) que son utilizados en mayores cantidades para proveer el mismo Servicio.
84. En consecuencia, el Servicio en cuestión no califica como un Servicio Especial porque no es un servicio diferente al Servicio Estándar. La utilización de recursos adicionales para brindar un servicio, no cambia la naturaleza del servicio como tal. En ese sentido, inclusive la mayor productividad que demanden las naves puede conseguirse con una mejor planificación de la operación portuaria, tal y como el propio Concesionario lo reconoce o alquilando las grúas móviles.

B.2. *Con relación a la eficiencia de incrementar la productividad en los terminales portuarios*

85. En los numerales 23, 24 y 26 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN se afirma que el objetivo de un terminal portuario de contenedores es ser eficiente y ello implica minimizar el tiempo de permanencia o estancia de un buque en puerto. Sobre el particular, el Concesionario sostiene que ello solo aplica bajo ciertos escenarios, a saber, cuando un terminal portuario registra muy elevadas tasas de ocupación; mientras que cuando se observan tasas no muy altas de ocupación, sería eficiente y normalmente



preferible para un operador portuario alcanzar niveles de productividad no muy altos o los niveles de productividad exigidos en sus contratos de concesión o documentos similares.

86. Para sustentar su proposición, presenta el ejemplo numérico mostrado en el Cuadro N°2, en el cual se observa que se registran pérdidas de ingresos al incrementar el rendimiento de carga/descarga bajo dos escenarios: el primero representaría la situación actual del Muelle Norte, mientras que el segundo representaría lo que se podría observar en el futuro.

Cuadro N° 2

Ejemplos presentados por APMT de la pérdida de ingresos por incremento en el nivel de productividad

		Caso Actual		Caso Futuro	
		Productividad de acuerdo a contrato	Incremento de productividad	Productividad de acuerdo a contrato	Incremento de productividad
Nave promedio					
Eslora	a	257	257	300	300
Número de cajas por nave	b	615	615	1 500	1 500
Productividad					
N° grúas pórtico	c	2	2	3	3
Nivel de productividad por grúa	d	25	30	25	30
Rendimiento efectivo	e=c*d	50	60	75	90
Tiempo efectivo de trabajo	f=b/e	12,3	10,3	20,0	16,7
Tiempo de paralizaciones	g=f*25%	3,1	2,6	5,0	4,2
Tiempo por amarre/desamarre y tiempo muerto	h=(f+g)*28%	4,3	3,6	7,0	5,8
Tiempo en muelle	i=f+g+h	20	16	32	27
Distribución de contenedores					
Llenos 20 pies	j=35%*b	215	215	525	525
Llenos 40 pies	k=40%*b	246	246	600	600
Vacíos 20 pies	l=10%*b	62	62	150	150
Vacíos 40 pies	m=15%*b	92	92	225	225
Tarifas por servicios estándar					
A la nave (metro-eslora/hora)	n	0,74	0,74	0,74	0,74
A contenedores					
Llenos 20 pies	o	94,75	94,75	94,75	94,75
Llenos 40 pies	p	142,13	142,13	142,13	142,13
Vacíos 20 pies	q	75,81	75,81	75,81	75,81
Vacíos 40 pies	r	113,71	113,71	113,71	113,71
Ingresos por servicios estándar					
A la nave (metro-eslora/hora)	s=n*i*a	3 743	3 119	7 104	5 920
A contenedores					
Llenos 20 pies	t=j*o	20 395	20 395	49 744	49 744
Llenos 40 pies	u=k*p	34 964	34 964	85 278	85 278
Vacíos 20 pies	v=l*q	4 662	4 662	11 372	11 372
Vacíos 40 pies	w=m*r	10 490	10 490	25 585	25 585
Subtotal estándar a la carga	x=t+u+v+w	70 511	70 511	171 978	171 978
Total ingresos por servicios estándar	y=s+x	74 254	73 630	179 082	177 898
N° naves atendidas en amarraderos con grúa	z	200	200	500	500
Ingresos obtenidos anual	aa=y*z	14 850 744	14 725 986	89 541 000	88 949 000
Ingresos pedidos por ser más productivos		-124 758,08		-592 000,00	

Fuente: APMT (2014). Recurso de reconsideración contra la Resolución N° 032-2014-CD-OSITRAN. Escrito presentado con fecha 06 de agosto de 2014.



87. De acuerdo a lo argumentado por APMT, el incremento de la productividad sería conveniente solo para aquellos casos en que los terminales portuarios registren muy elevadas tasas de ocupación (diaria, mensual o anual) y que dicha situación no aplica para el Terminal Muelle Norte ni para el Muelle N° 5, en donde se habrían registrado tasas de ocupación del 68% y 78%, respectivamente, durante el primer semestre de 2014. El Concesionario añade, además, que espera que dichas tasas descendan una vez que concluyan las obras de modernización de las Etapas 1 y 2.
88. El Concesionario añade que cuando se registren tasas de ocupación superiores al 80% o 90%, *"quizás sea preferible para APM TERMINALS obtener rendimientos por encima de los 25 cphg; siempre y cuando incrementar la productividad le otorgue no sólo mayores ingresos sino una mayor rentabilidad, en cuyo caso y siempre que la decisión haya sido tomada únicamente por APM TERMINALS (es decir, que esa mayor productividad no haya sido solicitada por un Usuario), no aplicaría ningún cobro adicional a los usuarios."*²¹
89. En el ejemplo que propone el Concesionario, el incremento en la productividad de la carga/descarga de contenedores reduce el tiempo de permanencia de las naves en el terminal y ocasiona que las naves paguen un monto menor por los servicios asociados a la utilización de los amarraderos. La razón es que la unidad de pago por este tipo de servicio es el metro de eslora de la nave por hora o fracción de hora que la nave permanezca amarrada a muelle, por consiguiente, menor tiempo de permanencia de la nave menor recaudación para el terminal por este concepto.
90. En otras palabras, el ejemplo presentado por el Concesionario solo está referido (de manera miope) a los ingresos por la atención a una nave, cuando el principal interés de los Terminales Portuarios está centrado en la atracción de la carga²² y para ello, deben ser eficientes. Como se dijo en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, lo que se busca con la reducción de los tiempos de permanencia de las naves es aumentar los volúmenes de carga procesada y atraer a las líneas navieras al puerto, considerando una visión global del negocio y con ello incrementar los ingresos.²³
91. Lo anterior se encuentra ampliamente documentado en la literatura portuaria. Así, a los documentos ya citados en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, podemos agregar lo argumentado en Estache y De Rus (2003) respecto de la importancia de la reducción de los tiempos de espera como variable de decisión de las compañías navieras a la hora de elegir un puerto:



"La reducción de los tiempos de espera es una de las características de la calidad de los servicios que más influyen en la decisión de una compañía naviera a la hora de elegir un puerto. El tiempo total que permanece un buque en el puerto es igual a la suma de los tiempos que utiliza para proveerse de cada uno de los servicios portuarios, y este tiempo debe considerarse como parte de los costes de utilización de un puerto. De esta forma, el coste generalizado en el que incurre un buque por el uso de un puerto es igual al precio que paga por cada uno de los servicios que utiliza más el tiempo total que tarda en proveerse de ellos. Por tanto, cuantos más cortos sean los tiempos de espera, menor será el coste generalizado en el que incurre el buque en su paso por el puerto. (...)

Otro de los principales componentes del tiempo total de espera de los buques de carga y, por tanto, de sus costes generalizados, es el tiempo que emplean en el trabajo de carga y descarga.

²¹ APMT (2014), p. 17.

²² Los ingresos provenientes de carga contenerizada en el caso del Terminal Muelle Norte son alrededor de tres veces mayor que los ingresos provenientes por servicios a la nave (considerando naves contenerizadas y no contenerizadas)

²³ Ver numeral 27 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN.

Por eso, la regulación de este aspecto de la calidad del servicio debe ir encaminada de nuevo a acortar los tiempos de espera de los buques, de forma que un puerto sea lo más atractivo posible para sus usuarios. Esta característica es una de las que más se aprecia por las navieras a la hora de escoger un puerto y, por tanto, influye directamente en la competitividad de éste."²⁴

[El subrayado es nuestro]

92. De manera similar, Steenken, Voß y Stahlbock (2005) sostienen que reducir al mínimo el tiempo de permanencia de las naves en el muelle constituye un objetivo global de las operaciones portuarias:

"La competitividad de un terminal de contenedores está marcada por diferentes factores de éxito, sobre todo el tiempo en el puerto para buques (tiempo de trasbordo) combinado con las bajas tarifas de carga y descarga. Por lo tanto, una ventaja competitiva crucial es la rápida rotación de los contenedores, lo que corresponde a una reducción del tiempo en el puerto de los buques portacontenedores, y de los costos del proceso de trasbordo en sí. Es decir, como regla general uno puede referirse a la reducción al mínimo del tiempo de un buque está en el muelle como un objetivo global con respecto a las operaciones del terminal."²⁵

[El subrayado es nuestro]

93. Asimismo, Lun, Lai y Cheng (2010) hacen énfasis en la importancia de disminuir el tiempo de permanencia de las naves en los puertos para contar con mayor disponibilidad de amarraderos y flexibilidad para atender a futuras naves:

"Con la implementación del concepto de puerto ágil, los puertos son capaces de anticipar la evolución de los servicios deseada por el mercado y ser proactivos. Las operaciones portuarias ágiles permiten un mejor uso de los recursos disponibles (equipos, ritmo de almacenamiento y personas) para apoyar las operaciones diarias en el terminal de contenedores. Mediante el uso eficiente de los recursos, una mejor planificación y una mejor programación de las operaciones, los puertos también tienen una posición más ventajosa en respuesta a la incertidumbre en el mercado. Por otra parte, las operaciones portuarias ágiles conducen a un incremento en el rendimiento debido a la reducción en el tiempo de tránsito y tiempo de entrega. Con los barcos permaneciendo en los puertos por un tiempo más corto, hay una mayor disponibilidad de amarraderos y flexibilidad para atender a los futuros buques entrantes, que son esenciales para el desarrollo de la satisfacción del cliente. (...)"²⁶

[El subrayado es nuestro]

²⁴ ESTACHE, A. y G. DE RUS (2003). *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores*. Banco Mundial en coedición con Alfaomega Colombiana S.A. Pp. 164-165.

²⁵ Traducción libre de: "The competitiveness of a container seaport is marked by different success factors, particularly the time in port for ships (transshipment time) combined with low rates for loading and discharging. Therefore, a crucial competitive advantage is the rapid turnover of the containers, which corresponds to a reduction of the time in port of the container ships, and of the costs of the transshipment process itself. That is, as a rule of thumb one may refer to the minimization of the time a ship is at the berth as an overall objective with respect to terminal operations." Tomado de: STEENKEN, D., S. VOß y R. STAHLBOCK (2005). "Container terminal operation and operations research – a classification and literature review". En: GÜNTHER, H.O. y K.H. KIM (2005). *Container Terminals and Automated Transport Systems. Logistics Control Issues and Quantitative Decision Support*. Springer. P.5

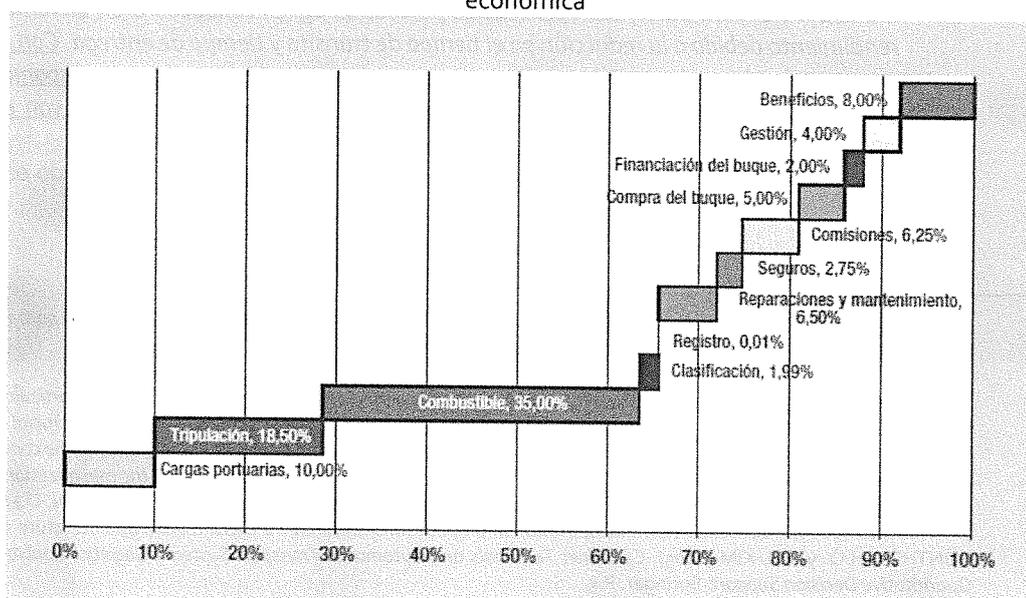
²⁶ Traducción libre de: "With the implementation of the agile port concept, ports are able to anticipate the evolving services desired by the market and become proactive. Agile port operations allow better utilization of the resources available (equipment, storage pace, and people) to support the daily operations in the container port. By efficient resource use, better planning, and improved scheduling of operations, ports also command a more advantageous position in responding to uncertainty in the market. Furthermore, agile port operations lead to an increase in throughput because of reductions in transit time and lead time. With ships staying in ports for a shorter time, there is a higher availability of berths and flexibility to accommodate future incoming ships, which are essential for developing customer satisfaction. (...)" Tomado de: LUN, Y.H.V., K.-H. LAI y T.C.E. CHENG (2010). *Shipping and Logistics Management*. Springer. P. 217.



94. Es claro que, a diferencia de lo argumentado por el Concesionario, el análisis no debe llevarse a cabo nave por nave, sino que las operaciones portuarias son planificadas tomando en consideración la cantidad de naves y los volúmenes de carga que éste puede atender. Es evidente por la literatura portuaria y la experiencia internacional que resulta de interés para los terminales portuarios la reducción de los tiempos en el puerto de las naves portacontenedores, ya que ello influye directamente sobre las decisiones de las líneas navieras respecto a la elección de un puerto.
95. APMT cuestiona también que en los numerales 25 y 27 se mencione que la menor permanencia de los buques es también beneficiosa para las líneas navieras y consignatarios de la carga. En su opinión, el beneficio para las líneas navieras es indudable (ello les permite mayor rotación de naves y pueden transportar mayores niveles de carga, con lo cual obtienen mayores ingresos); sin embargo, el Concesionario afirma que no existe un estudio que demuestre que los menores tiempos de permanencia hayan sido trasladados en menores fletes para los consignatarios de la carga en la Costa Oeste de América Latina.
96. Al respecto, cabe precisar que el Concesionario no ha presentado evidencia documental que demuestre que dicho traslado de costos no existe. Asimismo, de acuerdo a cálculos realizados por UNCTAD (2012) respecto a la composición de los costos del transporte marítimo, los cargos portuarios representan el 10% de los gastos totales de un buque (ver Gráfico N° 1). Entonces, es claro que una variación en los costos portuarios, sí tiene un impacto en el valor de los fletes marítimos. Por consiguiente, menores tiempos de permanencia (mayor eficiencia del puerto) incidirá en una reducción de los costos de transporte²⁷.

Gráfico N° 1

Componentes de los costos de los fletes de un petrolero de 10 000 TPM con 20 años de vida económica



Fuente: UNCTAD (2012). *El Transporte Marítimo 2012. Informe de la Secretaría de la UNCTAD*. Disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/rmt2012_es.pdf (último acceso: 9 de septiembre de 2014).

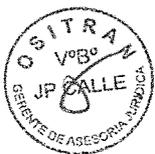
²⁷ Para encontrar evidencia empírica sobre la relación entre costos de transporte y eficiencia portuaria ver Clark, Dollar y Micco (2001) "Maritime Transport Costs and Port Efficiency". World Bank.

B.3. *Con relación a los rendimientos establecidos en el Contrato de Concesión*

97. Otro punto controvertido por el Concesionario en relación con el análisis económico llevado a cabo por el Regulador tiene que ver con la supuesta realización de un análisis sesgado, debido a que no se estarían considerando las condiciones particulares en las cuales el Contrato de Concesión ha determinado de manera previa los rendimientos y niveles de servicio que debe cumplir APMT.
98. En efecto, el Concesionario sostiene que los rendimientos y niveles de servicio que se consideraron eficientes para la explotación del Terminal Norte Multipropósito fueron determinados de manera expresa en el Anexo 3 del Contrato de Concesión, por lo que el análisis llevado a cabo por el Regulador para justificar que el Servicio propuesto forma parte del servicio Estándar solo podría darse en el escenario en el cual APMT requiera de manera unilateral incrementar su productividad para ser más competitivo.
99. Al respecto, es preciso aclarar que no es cierto que el Regulador no haya tomado en cuenta los rendimientos y niveles de servicio fijados en el Anexo 3 del Contrato de Concesión. El OSITRAN reconoce que solo son exigibles los niveles de productividad determinados en el citado anexo y, en tal sentido, en las actividades de supervisión llevadas a cabo por sus órganos de línea se fiscaliza el cumplimiento de tales niveles mínimos. Sin embargo, el Concesionario está en libertad de incrementar sus rendimientos por encima de lo fijado en el Contrato.
100. Es importante recalcar que en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN se concluyó que el servicio propuesto forma parte del Servicio Estándar, debido a que el uso de personal y equipos de apoyo no constituye un requisito indispensable para incrementar la productividad de embarque/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle, sino que dicho resultado podría ser alcanzado llevando a cabo las mismas actividades y haciendo uso del mismo equipamiento requeridos para la prestación del Servicio Estándar.

B.4. *Con relación a los rendimientos establecidos en Contratos de Concesión de otros países*

101. El Concesionario sostiene que diversos tarifarios, contratos de concesión o contratos entre líneas navieras y operadores portuarios a nivel mundial permiten el cobro de un precio o recargo por incremento de productividad. Mencionan los casos de Terminal Cerros Valparaíso (Chile), San Antonio Terminal Internacional (Chile), Puerto Central (Chile) y Contecon Guayaquil (Ecuador), al tiempo que aclara que el hecho que el administrador aplique o no dicho recargo es una decisión individual de cada empresa.
102. Sobre el particular cabe precisar que el hecho que terminales portuarios de otros países permitan o no el cobro de recargo por el incremento de productividad no es justificación para que un servicio sea calificado como Servicio Especial, sino que es labor del Regulador analizar las características particulares de las solicitudes de servicio presentadas por el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión y de acuerdo con la legislación vigente en el país.



C. Sobre la competencia en el Terminal Portuario del Callao

103. Con relación a lo mencionado en los numerales 29 y 30 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, referido al hecho que DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPW) mantiene un nivel de productividad superior a lo establecido en su Contrato de Concesión sin que ello haya involucrado el cobro de recargos adicionales, el Concesionario sostiene que dicho mayor rendimiento es fruto de la competencia y una decisión adoptada por su competidor en el marco de sus posibilidades tecnológicas y de las características de las naves que arriban al Muelle Sur, en un mercado donde existen condiciones de competencia. Sin embargo, afirma APMT, ello no sería un argumento que pueda ser utilizado para decidir que el servicio propuesta forma parte del Servicio Estándar.
104. Añade también que el Regulador distorsionaría las condiciones de competencia que existen en el mercado del servicio propuesto, si trata de intervenir en las estrategias que quiera implementar APMT.
105. Sobre el particular, debe aclararse que la decisión del Regulador respecto a la calificación del servicio Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúas pórtico de muelle, no se encuentra sustentada en la decisión de DPW de no realizar un cobro adicional por la prestación del Servicio Estándar con niveles de productividad mayores a los exigidos en su respectivo Contrato de Concesión.
106. En efecto, tal como se aprecia en la sección Conclusiones del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, la calificación del servicio propuesto como parte del Servicio Estándar se sustenta en la definición de Servicio Especial del Contrato de Concesión y en los criterios empleados en la Resolución N° 032-2012-CD-OSITRAN.
107. El acápite (ii) de la sección III.4. del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN (en el que se enmarcan los numerales 29 y 30 citados por el Concesionario) tenía como objetivo ilustrar el hecho que la existencia de mayores niveles de productividad responde a la necesidad de ser más eficientes y competitivos, tal como se viene observando en el principal competidor de APMT.
108. El Concesionario argumenta también que con la decisión de OSITRAN de no calificar el servicio como Especial, APMT respondería al usuario que no le puede otorgar el mayor rendimiento, a pesar de que podría ser beneficioso para ambas partes si es que se permite el cobro de un recargo o precio adicional, impidiendo o limitando que el mercado (en el cual existen condiciones de competencia) asigne en forma eficiente los recursos.
109. Al respecto, cabe precisar que el Concesionario sí puede otorgarle mayores rendimientos a los usuarios que se lo soliciten y puede lograrlo a través de la mejora en la planificación de sus operaciones o a través de la provisión del Servicio Especial Incremento de productividad de contenedores con grúa móvil, si el Usuario lo solicita.



D. Sobre si el servicio propuesto es necesario o indispensable

110. El Concesionario manifiesta también no estar de acuerdo con el análisis realizado por el Regulador respecto de si el servicio propuesto cumple o no con las características que presentan los Servicios Estándar, de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN y el Informe N° 025-12-GRE-GS-GAL-OSITRAN que la sustenta,

emitidos en el marco del procedimiento de interpretación de oficio de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

111. En relación a si el servicio propuesto es **necesario o indispensable** para completar el proceso de embarque o descarga de la carga, el Concesionario sostiene que lo necesario, indispensable u obligatorio para completar el proceso de carga/descarga de contenedores es que se otorguen las actividades que conforman el Servicio Estándar que se encuentran claramente establecidas en el Contrato de Concesión, bajo un nivel de productividad promedio y mínimo que se encuentra también claramente establecido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.
112. Tal como ha quedado demostrado, el suministro de equipos de apoyo y personal adicionales a los que normalmente provee el Concesionario para alcanzar un rendimiento promedio de 25 contenedores por grúa y hora no es un requisito indispensable para incrementar la productividad de embarque/descarga de contenedores.
113. Por el contrario, las actividades y el equipamiento necesarios para la prestación del servicio propuesto bien podrían ser los mismos que aquellos requeridos para la prestación del Servicio Estándar, es decir, aquellas actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de la nave. En consecuencia, las actividades incluidas en el servicio propuesto se constituyen en necesarias o indispensables para completar el proceso de embarque o descarga de la nave.

E. Sobre si el servicio es recurrente y no es necesario recursos adicionales

114. Con relación al análisis relativo a la recurrencia de las actividades que conforman el servicio propuesto y a la posibilidad de sistematizarlas o estandarizarlas, el Concesionario presenta dos objeciones.
115. En primer lugar, APMT argumenta que un Servicio Especial también puede ser sistematizado o estandarizado a pesar de que no sea recurrente por lo que, en su opinión, la estandarización o sistematización no es un aspecto que sea definido por la "recurrencia" y que distinga a los Servicios Estándar de los Especiales, tal como se argumenta en la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN y el informe que la sustenta.
116. Sobre el particular, cabe precisar que no es objeto del presente procedimiento analizar los argumentos, conclusiones y disposiciones de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2012-CD-OSITRAN, ni del informe que lo sustenta. Dichos documentos forman parte de un procedimiento de interpretación contractual iniciado de oficio, el cual fue resuelto en su oportunidad y a la fecha se encuentra consentido.
117. En segundo lugar, el Concesionario aclara nuevamente que si bien es cierto que los niveles de productividad pueden incrementarse mediante el alquiler de grúas móviles o mejoras en la planificación, otra forma de alcanzar dicho resultado es mediante la asignación de personal y equipos de apoyo en tierra adicionales. Afirma también que a pesar de la estandarización del proceso de carga/descarga de contenedores, no se ha logrado rendimientos promedio de, por ejemplo, 30 contenedores por grúa y hora en todas las naves, sino solo en algunas.
118. El Concesionario sostiene que existirían solicitudes de incremento de productividad que solo podrán ser atendidas con la asignación de equipos y personal adicional que generan



costos adicionales, por lo que se hace necesario el cobro de un recargo o precio adicional al servicio estándar con la finalidad de mantener la rentabilidad y eficiencia.

119. Como se mencionó en el Informe N°013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el proceso de embarque/descarga de contenedores se encuentra estandarizada por lo que es posible incrementar la productividad, ya sea mediante el alquiler de las grúas móviles que completen a la grúa pórtico de muelle, o mediante mejoras en la planificación de los procedimientos del Concesionario. En ese sentido, la búsqueda de una mayor productividad en las grúas pórtico es una actividad recurrente en todos los terminales portuarios de contenedores que buscan atraer más carga y naves, con la finalidad de incrementar su rentabilidad.

F. Sobre la obligatoriedad del servicio

120. Con relación a la obligatoriedad del servicio, el Concesionario cita los numerales 37 y 38 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN en los que se menciona que el servicio propuesto es de prestación obligatoria por parte del Concesionario, debido a que la grúa pórtico de muelle forma parte del equipamiento necesario con el que el Concesionario está obligado a prestar el Servicio Estándar. Al respecto, APMT argumenta que la razón de ser del servicio es la asignación o utilización de recursos adicionales (personal y equipos).
121. Con relación a ello, resulta obligatorio para el Concesionario disponer del equipamiento y personal que permitan realizar las actividades de embarque y desembarque de carga contenerizada. El Concesionario está facultado a determinar las cantidades de insumos que requerirá, en base a la planificación portuaria que realice y a los objetivos estratégicos que persiga como terminal portuario. En este contexto, el Concesionario puede incrementar productividad haciendo un uso eficiente de sus recursos, tal y como se dijo en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN.
122. En consecuencia, el servicio Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúas pórtico de muelle no puede ser considerado como un Servicio Especial, sino que forma parte del Servicio Estándar establecido en el Contrato de Concesión.

G. Sobre las funciones de producción distintas con otros servicios especiales

123. Además de las objeciones formuladas al análisis realizado por el Regulador sobre las características del servicio propuesto, el Concesionario cuestiona la nota al pie de página número 6 del Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN en la cual se afirma lo siguiente:

"6 Cabe precisar que, a diferencia de lo que sucede con la carga en contenedores, en el caso de la carga fraccionada y la carga a granel existen diversas combinaciones de equipamiento y personal que permiten completar los procesos de embarque y descarga. En términos económicos, se trata de dos funciones de producción diferentes. En consecuencia, el servicio solicitado por el Concesionario no resulta comparable con el Servicio Especial Provisión o alquiler de equipos para incrementar productividad a solicitud del usuario, actualmente en proceso de fijación tarifaria."

En opinión del Concesionario, el servicio propuesto y el Servicio Especial Provisión o alquiler de equipos para incrementar productividad a solicitud del usuario son comparables en lo relacionado al objetivo y el uso de recursos adicionales.



124. Al respecto, debe aclararse que la existencia de distintas funciones de producción en los procesos de embarque y descarga de carga fraccionada y a granel y los de carga en contenedores sí influye en la distinción entre las dos propuestas de servicios realizadas por el Concesionario. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el caso de carga en contenedores, en el caso de carga fraccionada y carga a granel existen diversas combinaciones de equipamiento portuario con las cuales llevar la actividad de desembarque y embarque de carga.
125. Es decir, la gran heterogeneidad que existe en los productos de carga no contenerizada ocasiona niveles de productividad diferenciados, por consiguiente, en algunos tipos de carga donde el naviero considera que la productividad es baja, el usuario podría solicitar un incremento de la productividad, para ello el terminal tendrá que utilizar, y en muchos casos, crear equipamiento especial con la finalidad de mejorar los rendimientos de descarga.
126. En cambio, en el caso de la carga en contenedores, el proceso de descarga con grúa pórtico de muelle se encuentra estandarizado y es posible incrementar la productividad de los procedimientos de embarque y descarga de contenedores sin necesidad de hacer uso de recursos adicionales, tal como quedó demostrado en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN y ha sido reconocido por el propio Concesionario. Es decir, en el Servicio que propone el Concesionario el rendimiento del equipamiento podría incrementarse con un mejor manejo del equipo o con una mejor planificación portuaria.
127. Asimismo, APMT señala que el pronunciamiento del OSITRAN evidencia la falta de consistencia del Regulador respecto a los criterios para determinar que un servicio califica o no como Especial, pues en la Resolución de Consejo Directivo N° 033-2014-CD-OSITRAN se señala que el servicio tiene como condición indispensable el uso adicional de equipamiento y personal, no exigidos en el Contrato de Concesión (numeral 72) y que los requisitos que debe cumplir un Servicio Estándar (numeral 76).
128. Sobre el particular, cabe precisar que los citados numerales corresponden al Informe Fijación de tarifa máxima por la prestación del Servicio Especial "Provisión de equipos para incrementar productividad a solicitud del usuario" – para carga fraccionada y carga sólida a granel en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario de Callao. El referido informe tenía por objetivo fijar la tarifa del Servicio en referencia y no analizar si se trataba de un Servicio Especial.
129. En ese sentido, en el informe se establecieron las condiciones de aplicación de la tarifa para el servicio "Provisión de equipos para incrementar productividad a solicitud del usuario" para carga fraccionada y carga sólida a granel y al cálculo de su tarifa máxima. No es cierto que se trate de criterios para determinar que un servicio es Especial o no, tal como afirma el Concesionario.²⁸

H. Respecto al término distorsión del mercado

130. Finalmente, el Concesionario cuestiona el uso del término "distorsión" en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN. Al respecto, en el numeral 36 del citado informe se menciona lo siguiente:

²⁸ Adicionalmente, es importante precisar que el análisis de si un servicio califica o no como Especial no previsto en el Contrato de Concesión no tiene sentido en informes de fijación tarifaria, que dan fin a procedimientos de fijación tarifaria, sino que más bien se llevan a cabo en una etapa previa, durante el inicio del citado procedimiento.

"36. Asimismo, se observa que en el caso de DP World, principal competidor de APMT en el embarque y descarga de carga contenedorizada, los mayores niveles de productividad no han involucrado el cobro de recargos adicionales a la nave o al consignatario de la carga. Por consiguiente, aceptar la propuesta de APMT involucraría distorsionar el sistema tarifario que en la actualidad está vigente en el Terminal Portuario del Callao."

131. En opinión del Concesionario, si con el término distorsión se intenta mencionar que no se quiere introducir diferencias entre APMT y DPW, la distorsión empezaría con los Contratos de Concesión, en la medida que APMT se encuentra obligado a proveer un mayor número de actividades dentro de su servicio estándar respecto del que debe ofrecer DPW. Asimismo, señala que considerando que existen condiciones de competencia (según lo señalado por INDECOPI), son los ofertantes los que deben decidir la calidad del paquete de servicios que ofrecerán considerando el marco de lo establecido contractualmente.

132. Sobre el particular, coincidimos con el Concesionario en la premisa de que ante la existencia de condiciones de competencia, los ofertantes deciden la calidad del paquete de servicios que ofrecen. Sin embargo, es necesario aclarar que la posible distorsión al sistema tarifario vigente se menciona en el contexto del análisis de la posibilidad de incrementar el rendimiento de las grúas pórtico de muelle sin necesidad de hacer uso de equipos de apoyo adicionales que signifiquen costos añadidos para el Concesionario, sino solo con la mejora en las actividades de planificación del terminal portuario. En otras palabras, de aceptarse la propuesta del Concesionario, el usuario pagaría más por el mismo Servicio.

I. Respecto al escrito del 16 de setiembre de 2014

133. En el referido escrito, el Concesionario reitera algunos de los argumentos señalados en su Recurso de Reconsideración, tales como:

(i) Que no resulta obligatorio el incremento de productividad en el servicio de embarque/descarga de contenedores a las líneas navieras por encima de lo exigido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.

(ii) Que los niveles de servicio especificados en el Anexo 3 del Contrato de Concesión son rendimientos que han sido considerados eficientes para la explotación del Terminal Norte Multipropósito.

(iii) Que si a solicitud del Usuario APMT decide incrementar la prestación del servicio de embarque/descarga por encima del nivel de servicio y productividad exigido en el Contrato de Concesión, éste se encontrará en la facultad de cobrar un precio o tarifa justificada en la asignación o utilización de recursos adicionales.

(iv) Que es una práctica portuaria reconocida en otros países el cobro de un precio recargo por el incremento de la productividad en la carga/descarga de contenedores (San Antonio Terminal Internacional).

134. El punto (i) ha sido abordado en extenso en el acápite F de la presente sección. Asimismo, el punto (ii) fue analizado en la sección B.3. El punto (iii) ha sido desarrollado en la sección B.1 y el punto (iv), en la sección B.4.



135. Los argumentos nuevos que el Concesionario ha presentado en este escrito se analizan a continuación:

a. El Contrato de Concesión de APMT no prohíbe la prestación del servicio de incremento de productividad para carga/descarga de contenedores, por lo que permite que APMT facture un precio al usuario ya que resulta una solución de mercado beneficiosa para el Concesionario y las líneas navieras. APMT sustenta su posición en que existe una gran demanda por la entrega de mayor productividad a las líneas navieras por lo que se trata de un mercado competitivo en el cual las líneas navieras cuentan con suficiente capacidad de negociación.

136. En efecto, como el Concesionario lo refiere las líneas navieras siempre estarán demandando una mayor eficiencia y productividad al Terminal Portuario, tal y como se explicó con detalla en el punto b.2) del presente informe. Sin embargo, en el caso del servicio propuesto por APMT, el utilizar más equipamiento o recursos humanos no justifica que se trate de un servicio diferente al Servicio Estándar.

137. Inclusive, y como se explicó antes, la mayor productividad de la grúa pórtico podría conseguirse con una mejor planificación de la operación portuaria, lo cual no involucraría ningún equipo, ni recurso humano adicional. En ese sentido, el servicio propuesto por APMT no puede ser calificado como un servicio diferente al Servicio Estándar.

138. La mayor productividad es beneficiosa para el terminal portuario y la línea naviera, es por esta razón que todos los terminales de contenedores tienen incentivos a ser más eficientes y productivos.

b. El poder de negociación de las líneas navieras se genera porque el embarque/descarga de contenedores se da en el marco de un mercado contestable, con lo cual los administradores portuarios tendrán la libertad de establecer sus propias reglas de juego con el objetivo de satisfacer la demanda. Existen condiciones de competencia y, por tanto, la aplicación de la regulación tarifaria resulta infructuosa. Al respecto, OSITRAN ha determinado en anteriores decisiones que la regulación es innecesaria, ya que su intervención podría impedir que clientes y operadores portuarios lleguen a un acuerdo que promueva la inversión en infraestructura de uso público.

139. Al respecto, es necesario aclarar el concepto de mercado "contestable". En mercados contestables la presencia de potenciales entrantes en la industria disciplina al monopolista haciendo que se obtenga el resultado de mercado socialmente eficiente.²⁹ En ese sentido, para que el Terminal Portuario del Callao constituya un mercado contestable deberían existir potenciales competidores que ante la ausencia de barreras a la entrada pudieran replicar fácilmente la infraestructura portuaria. Esta situación no se presenta, a diferencia de lo que sucedía en el Terminal Portuario de Matarani, donde el servicio de embarque de minerales sí podría haber sido ofrecido por las empresas mineras de la zona. Es decir, potencialmente estaban en capacidad de replicar la infraestructura portuaria de TISUR.



²⁹ "Un mercado contestable es uno en el cual la entrada es absolutamente libre y la salida es absolutamente sin costos." Traducción libre de: "A contestable market is one into which entry is absolutely free and exit is absolutely costless". Fuente: BAUMOL, w. (1982). "Contestable Markets: An Uprising Theory of Industry Structure." En: *The American Economic Review*, Vol. 72, N° 1, Mar. 1982. P. 3.

140. En este contexto, si existe o no competencia en el Terminal Portuario del Callao no está en cuestionamiento, lo que se está analizando es la procedencia de que el servicio denominado Incremento de la productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle califique como un Servicio Especial que puede ser brindado por el Concesionario.

IV. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

1. En la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN y el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN que la sustenta, se analizó si el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" forma parte del Servicio Estándar o es un Servicio Especial. Al respecto, el Regulador cumplió con lo que establece el Principio de Transparencia por las siguientes razones:
 - (i) La Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN se encuentra debidamente motivada en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN que la sustenta. Cada uno de los argumentos que se utilizaron para sostener que el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" es parte del Servicio Estándar fueron debidamente analizados y evaluados por el Regulador.
 - (ii) Para evaluar si el Servicio denominado "Incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores con grúa pórtico de muelle" califica como Servicio Especial, OSITRAN utilizó los mismos criterios que fueron empleados en la Resolución 032-2012-CD-OSITRAN, en concordancia con los Principios de Transparencia y Predictibilidad.
 - (iii) La Resolución N°032-2014-CD-OSITRAN así como el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, fueron notificados al Concesionario y al Concedente, mediante Oficio Circular N°024-14-SCD-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2014.
 - (iv) Los documentos de este procedimiento se encuentran debidamente publicados en la web del OSITRAN³⁰, lo cual constituye una garantía adicional de la transparencia del procedimiento.
2. De acuerdo a la Ley de Creación de OSITRAN, este Regulador tiene como misión cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. En esa línea, OSITRAN tiene la obligación de verificar que los servicios portuarios que presta el Concesionario y, por los cuales exige a los usuarios el cobro de una tarifa o de un precio, se haga necesariamente acorde con la naturaleza del servicio definida en el propio Contrato de Concesión, ya que ello justamente garantiza que, por un lado, la empresa concesionaria pueda exigir el pago de las tarifas o precios al que legítimamente tiene derecho para recuperar sus inversiones y; por otro lado, que los usuarios paguen por el real servicio que se les está prestando.

³⁰ Ver: http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/ojopar/RESOL0322014CD/032CD_2014.pdf, último acceso: 16 de septiembre de 2014.

3. Este deber de analizar la naturaleza del servicio portuario propuesto por el concesionario, subsiste, incluso, cuando el INDECOPI hubiese determinado la existencia de condiciones de competencia que enfrentaría el servicio especial, así denominado por el concesionario, debido a que dicha autoridad, como se ha indicado en la resolución impugnada, no efectúa evaluación alguna sobre la naturaleza del servicio que propone el Concesionario. Esto último concuerda con lo señalado en la propia cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, según el cual el INDECOPI deberá pronunciarse sobre las condiciones de competencia en los mercados que no estén sometidos a regulación económica. Por tanto, el análisis sobre la naturaleza de los servicios no contraviene el Principio de Legalidad pues será realizado por el Consejo Directivo de OSITRAN de conformidad con los artículos 3 y 5 de su Ley de Creación y en ejercicio de su función reguladora, ya que dependiendo de la verdadera naturaleza del servicio, se gatillará o no la obligación de pago de las Tarifas contractuales a cargo de los usuarios. Caso contrario, el precio que fijen libremente las partes.
4. Los nuevos argumentos presentados por el Concesionario con el fin de sustentar que el servicio en cuestión es un Servicio Especial no desvirtúan lo señalado anteriormente por el Regulador, debido a que el servicio propuesto por el Concesionario **es necesario e indispensable, recurrente y obligatorio**, como se señala a continuación
- (i) El Servicio es "necesario e indispensable" porque el equipamiento y personal, en las cantidades que sea, son necesarias para completar el proceso de embarque y desembarque de la carga. El Contrato de Concesión no establece un número mínimo de máquinas o de personal que el Concesionario deba usar para procesar la carga contenerizada. Es facultad del Concesionario optimizar sus recursos con la finalidad de alcanzar o superar los niveles de productividad establecidos en el Contrato.
- (ii) El Servicio es "recurrente" porque la búsqueda de una mayor productividad en las grúas pórtico es una actividad recurrente o permanente de todos los terminales portuarios de contenedores que buscan atraer más carga y naves, con la finalidad de incrementar su rentabilidad. Como se señaló en el informe N°013-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el proceso de embarque/descarga de contenedores se encuentra estandarizada, por lo que es posible incrementar la productividad, ya sea mediante el alquiler de las grúas móviles que completen a la grúa pórtico de muelle, o mediante mejoras en la planificación de la operación portuaria del Concesionario. Se encuentra ampliamente documentado en la literatura portuaria, que los operadores portuarios buscan la reducción de los tiempos de permanencia de las naves con el objetivo de aumentar los volúmenes de carga procesada y atraer a las líneas navieras al puerto, para con ello incrementar sus ingresos.
- (iii) El Servicio es "obligatorio" porque el Concesionario debe disponer del equipamiento y personal que permitan realizar las actividad embarque y desembarque de carga contenerizada. El Concesionario está facultado a determinar las cantidades de insumos que requerirá, en base a la planificación portuaria que realice y a los objetivos estratégicos que persiga como terminal portuario. En este contexto, el Concesionario puede incrementar productividad pero haciendo un uso eficiente de sus recursos tal y como se señaló en el Informe N° 013-14-GRE-GAJ-OSITRAN.



El Servicio propuesto por el Concesionario sólo requiere de una mejor planeación operativa del terminal portuario, lo que no involucrará necesariamente la

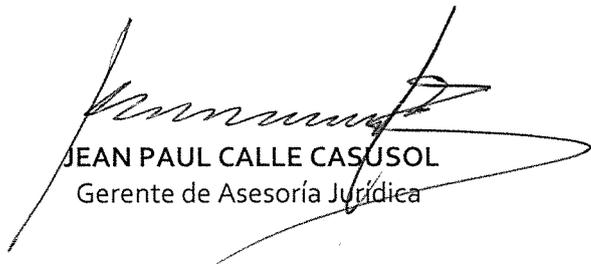
utilización de mayor equipo o mano de obra. Precisamente, en un sistema estandarizado donde la carga es homogénea (contenedores), el Concesionario puede optimizar el uso de sus insumos con el fin de ser más productivo, al menor costo posible.

V. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APMT contra la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2014-CD-OSITRAN.

Atentamente,


MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 33589-14

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° 1136-2014-66

PARA : BCD

ACCIONES A SEGUIR : se recibe informe

FECHA : del área técnica especial

Lizata competente.
26.09.14

