

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 017-2005-CD-OSITRAN

Lima, 09 de marzo de 2005.

MATERIA	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN A LA RESOLUCIÓN Nº 065-2004-CD-OSITRAN
ENTIDAD PRESTADORA	:	ENAPU S.A.
SECTOR	:	EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PUBLICO.

VISTO el Recurso de Reconsideración formulado por la empresa Ian Taylor S.A.C. (TAYLOR) mediante comunicación s/n recibida el 20 de enero de 2005, el Informe Nº 002-05-GS-GAL-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que adjunta el mismo.

CONSIDERANDO:

I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE:

1. El literal d) del artículo 5º de la Ley Nº 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es objetivo de OSITRAN fomentar y *preservar* la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales.
2. El Literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala que es función de OSITRAN *cautelar* el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
3. El literal c) del artículo 3º de la Ley Nº 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 27631, establece que la *función normativa* de OSITRAN comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, *normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y Mandatos* u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
4. El Artículo 1º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, aprobado por D.S. Nº 032 – 2001 – PCM, establece que es función exclusiva del Consejo Directivo ejercer la función normativa general y reguladora de OSITRAN.
5. El artículo 3º del Reglamento General de OSITRAN (RGO), aprobado mediante D.S. Nº 010 – 2001 – PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a *garantizar* al usuario el libre acceso a la prestación de

los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

6. El Artículo 24° del mencionado Reglamento General de OSITRAN establece que *en ejercicio de su función normativa*, OSITRAN *puede dictar normas relacionadas con el acceso a la utilización de la Infraestructura*.
7. El Numeral 21.2 de la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), establece que en materia de infraestructura portuaria de uso público, OSITRAN *conserva sus funciones normativas propias*.
8. El Artículo 101° del Reglamento de la LSPN, modificado por D.S. N° 013-2004-MTC, que establece que en los casos que un usuario intermedio requiera utilizar infraestructura o instalaciones portuarias de uso público, para poder prestar sus servicios en el mercado, el Administrador Portuario (Entidad Prestadoras bajo la competencia de OSITRAN), deberá seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público, correspondiéndole a OSITRAN garantizar el ejercicio de tal derecho a los usuarios intermedios de conformidad con lo establecido en el numeral 21.2 de la LSPN.
9. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) aprobado por OSITRAN mediante Resolución N° 014 -2003-CD-OSITRAN.
10. El REMA establece en su artículo 11° que OSITRAN está facultado a ordenar el otorgamiento del derecho de Acceso o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de un acuerdo entre ellas.
11. El Artículo 43° del REMA establece que OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso, determinando a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso.

II. LOS ANTECEDENTES:

1. Resolución N° 014-2003-C-OSITRAN mediante la cual se aprueba el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)¹
2. Según consta en las Actas de las Reuniones realizadas el 04 y 11 de agosto del 2004, el Usuario Intermedio y ENAPU no llegaron a un acuerdo con respecto al pago (cargo de acceso) y al plazo que ENAPU propuso, con el fin de otorgarles el acceso necesario para que brinden el servicio de practicaaje.
3. A través del Oficio N° 275-04-GG-OSITRAN del 27 de mayo del 2004, se le notifica a ENAPU que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 020-2004-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Acceso de ENAPU, el cual contiene en su Capítulo I la definición, requisitos y características operativas necesarias para obtener el acceso correspondiente a la prestación del referido servicio.
4. Posteriormente, se recibe la solicitud del Usuario Intermedio para que OSITRAN emita el Mandato de Acceso correspondiente, que le permita regularizar la prestación de sus servicios de practicaaje. Dicha solicitud fue recibida el 13 de octubre de 2004.

¹ El Reglamento está disponible en la siguiente dirección:
<http://www.ositran.gob.pe/documentos/R014-2003-CD.pdf>

5. Conforme a lo establecido en el artículo 98° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)², mediante Oficio N° 820-04-GS-OSITRAN del 18 de octubre de 2004 se solicitó a ENAPU que remita una copia de todas las comunicaciones cursadas con el Usuario Intermedio, referidas al proceso de regularización antes mencionado.
6. El 20 de octubre de 2004, ENAPU atiende el requerimiento de información a través del Oficio N° 869-2004-ENAPU S.A./GG, el cual adjunta copias de la carta de convocatoria a la reunión de inicio de negociaciones, las Actas de Reuniones, la carta notarial por medio de la cual se da por concluido el período de negociaciones, y el Proyecto de Contrato de Acceso al Servicio de Practicaje en los Terminales Portuarios de ENAPU.
7. El 04 de noviembre del 2004 se emite el Informe N° 398-04-GS-C2-OSITRAN, que contiene los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso solicitado por el Usuario Intermedio, el cual recoge las recomendaciones contenidas en el Informe N° 063-04-GRE-OSITRAN con respecto al cargo de acceso correspondiente.
8. A través del Oficio N° 876-04-GS-C2-OSITRAN y del Oficio N° 875-04-GS-C2-OSITRAN, ambos del 05 de noviembre de 2004, se remite al Usuario Intermedio y a ENAPU, respectivamente, los Términos Propuestos para la Emisión del Mandato de Acceso, indicándoles que contaban con un plazo de diez (10) días hábiles para presentar sus comentarios u observaciones al proyecto remitido.
9. El 23 de noviembre del 2004 se recibe la comunicación s/n a través de la cual el Usuario Intermedio remite sus comentarios a los términos propuestos para la emisión del Mandato de Acceso correspondiente.
10. Mediante Memorando N° 200-04-GS-OSITRAN del 01 de diciembre del 2004, se remite el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, así como el Proyecto de Mandato de Acceso solicitado, a la Gerencia de Asesoría Legal para que emita su opinión al respecto.
11. El 03 de diciembre del 2004 se recibe el Memorando N° 133-04-GAL-OSITRAN, a través del cual la Gerencia de Asesoría Legal alcanza sus comentarios al Proyecto de Resolución y al Proyecto de Mandato de Acceso antes remitido.
12. El 06 de diciembre del 2004 se emite el Informe N° 450-04-GS-C2-OSITRAN que sustenta los Términos propuestos para la emisión del Mandato de Acceso solicitado, el cual es alcanzado a la Gerencia General mediante Nota N° 203-04-GS-OSITRAN.
13. Por Oficio Circular N° 071-04-GG-OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 2004 notificado tanto a TAYLOR como a ENAPU, se les remitió la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN.
14. Mediante comunicación s/n recibida el 20 de enero del 2005, TAYLOR presenta un Recurso de Reconsideración a la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN.

² El Reglamento está disponible en la siguiente dirección:
<http://www.ositran.gob.pe/documentos/R014-2003-CD.pdf>

III. LAS CUESTIONES A RESOLVER:

1. De la evaluación de la documentación remitida a OSITRAN, y de conformidad con el marco normativo aplicable y los antecedentes a que se ha hecho referencia con anterioridad, el Consejo Directivo de OSITRAN considera necesario emitir su pronunciamiento respecto a los aspectos que se mencionan a continuación:
 - Numeral 3 - Descripción de la Facilidad Esencial
 - Numeral 7 - Vigencia del Acceso
 - Numeral 16 – Resolución de Contrato
2. Sin embargo, antes de analizar las observaciones en relación al mandato, corresponde señalar que el objeto de la reconsideración es únicamente el cuestionamiento de los términos del mandato. En consecuencia, cualquier cuestionamiento sobre el contenido del REMA, tal como el propuesto por TAYLOR en el sentido que no debió incluirse en el mismo el servicio de remolcaje, debe ser materia de otro procedimiento que cuestione el propio REMA.
3. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que a efectos de la aprobación del REMA, se ha seguido un procedimiento que incluye su pre publicación por Resolución N° 010-2003-CD-OSITRAN, para que los interesados formulen sus observaciones dentro del plazo de 30 días, así como un taller de discusión del mismo, por lo que consideramos que TAYLOR ha contado con todas las facilidades necesarias para formular sus cuestionamientos al REMA dentro del procedimiento correspondiente.

IV. ANÁLISIS:

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

1. Con respecto al Numeral 3 - Descripción de la Facilidad Esencial

- 1.1 El Mandato de Acceso establece lo siguiente:

“3.-DESCRIPCIÓN DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

En función a las instalaciones de cada Terminal Portuario, las Facilidades Esenciales cuya utilización es necesaria para brindar el Servicio Esencial de Practicaje de Naves, son las siguientes:

- *Señalización portuaria*
- *Obras de abrigo o defensa*
- *Poza de maniobras y rada interior”*

- 1.2 El Usuario Intermedio observa que:

“...manifestamos nuestra disconformidad con respecto al numeral 3 de los Términos del Mandato de Acceso, el cual se refiere a la Descripción de Facilidades Esenciales, toda vez que consideramos que el servicio de Practicaje no utiliza ninguna de las descritas, las cuales son: señalización portuaria, obras de abrigo o de defensa y poza de maniobras y rada interior, por cuanto el práctico es un asesor del capitán de la nave y no utiliza directamente ninguna de éstas. Asimismo, es importante indicar que el Mandato de acceso, precisa que el servicio de practicaje utiliza facilidades esenciales tales como señalización portuaria, obras de abrigo o defensa poza de maniobras y rada interior y no obstante coincidir con las facilidades esenciales que usa el servicio esencial de remolcaje en el practicaje no se cobra cargo de acceso alguno. En consecuencia para nosotros queda claro

que la utilización de Infraestructura Pública (facilidades esenciales) en estos servicios no está claramente determinada y por lo tanto consideramos que este servicio esencial no debería estar dentro de los alcances del Reglamento Marco de Acceso del OSITRAN”

- 1.3 Al respecto, cabe resaltar que el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, es una norma vigente de obligatorio cumplimiento, en el marco del cual se ha emitido la Resolución N° 065-2004-OSITRAN que otorga el Mandato de Acceso a favor de TAYLOR, materia de la presente reconsideración.

- 1.4 Adicionalmente, se debe tomar en cuenta la definición de Facilidad Esencial que establece el artículo 9° del REMA :

“...se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.*
- b) No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.*

La calificación de una Facilidad Esencial por parte de OSITRAN, ya sea de oficio o a pedido de parte, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.

El Anexo N° 1 del presente Reglamento establece la lista de las Facilidades Esenciales.”

- 1.5 El referido Anexo N° 1 del REMA considera como Facilidades Esenciales a la señalización portuaria, las obras de abrigo o defensa, así como la poza de maniobras y rada interior.

- 1.6 Por otro lado, el artículo 10° del REMA define Servicio Esencial de la siguiente forma:

“Artículo 10°.- Servicios Esenciales.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se consideran Servicios Esenciales a aquellos que cumplen con las siguientes condiciones:

- a) Son necesarios para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.*
- b) Para ser provistos, requieren utilizar necesariamente una Facilidad Esencial, cuya duplicación no es técnica o económicamente rentable en el corto plazo.*

La calificación de un Servicio Esencial, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.

El Anexo N° 2 del presente Reglamento establece la lista de Servicios Esenciales.”

- 1.7 El mencionado Anexo N° 2 incluye al practicaje como Servicio Esencial, debido a que éste es necesario para completar la cadena logística del transporte, y su prestación requiere necesariamente de infraestructura

portuaria calificada como Facilidad Esencial, como la señalización portuaria, obras de abrigo o defensa, poza de maniobras y rada interior, tal como se señala en el Informe N° 063-04-GRE-OSITRAN.

- 1.8 Afirmar que el practicaaje no es un Servicio Esencial, como lo propone TAYLOR, implicaría que el Operador Portuario (ENAPU) podría determinar las condiciones y requisitos para el acceso a la infraestructura portuaria a los Usuarios Intermedios que deseen brindar dicho servicio (incluyendo a TAYLOR), sin sujetarse a las reglas y principios contenidos en el REMA.
- 1.9 Con respecto a la diferente determinación de cargos de acceso para los servicios de practicaaje y remolcaaje, aun cuando dichos servicios utilizan las mismas facilidades esenciales, debemos remitirnos a los Informe N° 063-04-GRE-OSITRAN y N° 064-04-GRE-OSITRAN, los cuales han sido oportunamente notificados a TAYLOR mediante Oficio N° 875-04-GS-C2-OSITRAN y Oficio Circular N° 071-04-GG-OSITRAN, los cuales sustentan dichos cargos en el Costeo Basado en Actividades encargado por OSITRAN y el Banco Mundial a las consultoras NERA y Price Waterhouse.
- 1.10 En todo caso, si TAYLOR considera que el REMA contiene incorrecciones de algún tipo, deberá hacer valer su derecho en el procedimiento correspondiente, en atención a que el presente procedimiento de reconsideración, tiene como objeto exclusivo el cuestionar los términos del mandato y no los de la norma o normas en que se basa su emisión.

2. Con respecto al numeral 6.- Vigencia del Mandato de Acceso.

- 2.1 El Mandato de Acceso considera lo siguiente:

“6.- VIGENCIA DEL ACCESO

El Usuario Intermedio tendrá derecho al acceso a la infraestructura portuaria para prestar el servicio de Practicaaje por un plazo de tres (03) años”.

- 2.2 El Usuario Intermedio afirma la siguiente:

“...ratificamos nuestra posición con respecto a que el servicio de practicaaje debería contar con acceso a la infraestructura portuaria por un plazo indeterminado por cuanto consideramos que al no tener, el practicaaje, uso de facilidades esenciales, no cabría establecer un término de finalización del servicio.”

- 2.3 La observación mencionada fue respondida en el numeral IV.2 de la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN, en la cual se mencionó lo siguiente:

“Como se mencionó anteriormente, del acuerdo al REMA, el Practicaaje es un Servicio Esencial para cuya prestación es indispensable el acceso a la Facilidad Esencial que significa cierta infraestructura portuaria, por lo tanto no se encuentra sustento para emitir un Mandato de Acceso a plazo indeterminado. Por otro lado, conforme se informó al Usuario Intermedio con ocasión de la remisión del Proyecto de Mandato correspondiente, se ha considerado razonable el plazo de tres (03) años propuesto por ENAPU, debido a que al término de dicho período se podrá realizar las evaluaciones del caso con respecto a posibles modificaciones en las condiciones operativas de los servicios, y mientras tanto se mantendrá estable las condiciones que se exigen al Usuario Intermedio, para que éste pueda obtener el acceso a la prestación del servicio de Practicaaje.”

- 2.4 No se considera válido el argumento expuesto por TAYLOR para requerir un Mandato de Acceso a plazo indeterminado, basado en que el servicio de practicaje no utiliza facilidades esenciales, debido a que de ser cierto, sería contrario al REMA y no se hubiera requerido de la emisión de un Mandato de Acceso.
- 2.5 Por lo tanto, deber mantenerse el plazo de tres (03) años de vigencia del Mandato, período en el cual se podrá evaluar posibles modificaciones en las condiciones operativas de los servicios.

3. Con respecto al numeral 16.- Resolución del Contrato.

- 3.1 El Proyecto de Mandato remitido a las partes menciona lo siguiente:

“16.- RESOLUCIÓN DEL MANDATO

El Usuario Intermedio declara de manera expresa que faculta a la Entidad Prestadora a resolver de pleno derecho el presente Mandato, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en el mismo, previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario.”

- 3.2 El Usuario Intermedio afirma lo siguiente:

“Mantenemos nuestra posición relativo al numeral 16 del Mandato de Acceso para el Servicio Esencial de Practicaje, el cual hace referencia a la Resolución del Contrato; no estamos de acuerdo con facultar previamente a la Entidad Prestadora a que se declare la resolución del contrato de pleno derecho, debiéndose seguir el trámite normal de resolución de los contratos en cada caso concreto.”

- 3.3 Sin perjuicio de que la observación mencionada fue respondida en el numeral IV.3 de la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN, cabe señalar que de una lectura integral del Mandato de Acceso se colige que: (a) Existe un plazo para subsanar su incumplimiento conforme a lo dispuesto en la cláusula 15 del Mandato; y, (b) En caso que TAYLOR no se encontrara de acuerdo con el reclamo de ENAPU debido a una interpretación distinta de los hechos o del contrato de acceso, en aplicación de la cláusula 17 del Mandato de Acceso, TAYLOR puede someter dicha diferencia al procedimiento previsto en el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias emitido por OSITRAN.
- 3.4 Sin perjuicio de lo señalado, en atención al cuestionamiento de TAYLOR en relación al otorgamiento de la facultad de resolución de pleno derecho a la Entidad Prestadora, debe precisarse que en el presente caso ENAPU se encuentra administrando infraestructura portuaria de uso público con relación a la cual tiene responsabilidades, por lo que es necesario crear los incentivos requeridos para el cumplimiento de aspectos esenciales de la relación de acceso.
- 3.5 Asimismo, debe tenerse presente que en caso que la Entidad Prestadora incumpla las normas que regulan el acceso, OSITRAN podrá imponerle las sanciones del caso, lo que definitivamente constituye un poderoso incentivo para que la entidad prestadora no cometa infracciones contra el usuario. En consecuencia se propone la siguiente redacción:

“16.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El Usuario Intermedio declara de manera expresa que faculta a la Entidad Prestadora a resolver de pleno derecho la presente relación de acceso, únicamente en caso de incumplimiento de cualquiera de las siguientes obligaciones:

1. *Las contenidas en la cláusula 9; y,*
2. *Mantener vigente la póliza de seguros a que se refiere el artículo 9° del Reglamento de Acceso de ENAPU.*
3. *Modificar la infraestructura sin contar con la autorización previa de la Entidad Prestadora;*

La resolución tendrá efectos previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario”

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Artículo 7.1°, Literal p) de la Ley N° 26917; Artículo 3°, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631; el Artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM; el Numeral 21.2 de la Ley N° 27943, el Artículo 101° del Reglamento de la precitada Ley; y los Artículo 11° y 43° del REMA; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión del 28 de febrero de 2005:

SE RESUELVE:

Artículo 1°: Declarar parcialmente fundado el Recurso de Reconsideración presentado por TAYLOR en relación al extremo referido al numeral 16 del Anexo N° 1 de la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN.

Artículo 2°: Modificar el numeral 16 – Resolución del Contrato del Anexo 1 de la Resolución N° 065-2004-CD-OSITRAN en los términos contenidos en el numeral 3.5 de la presente Resolución, quedando redactado de la siguiente manera:

“16.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El Usuario Intermedio declara de manera expresa que faculta a la Entidad Prestadora a resolver de pleno derecho la presente relación de acceso, únicamente en caso de incumplimiento de cualquiera de las siguientes obligaciones:

- 1 *Las contenidas en la cláusula 9; y,*
- 2 *Mantener vigente la póliza de seguros a que se refiere el artículo 9° del Reglamento de Acceso de ENAPU.*
- 3 *Modificar la infraestructura sin contar con la autorización previa de la Entidad Prestadora;*

La resolución tendrá efectos previa notificación notarial recibida con una anticipación no menor a los treinta (30) días calendario”

Artículo 3°: Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”

Artículo 4º: Notificar la presente Resolución a ENAPU S.A. y a TAYLOR.

Artículo 5º: Notificar la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 6º: Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, que adopte las medidas necesarias para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente