



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 004-2014-CD-OSITRAN

Lima, 17 de enero de 2014

### VISTOS:

El Informe N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, y de Asesoría Jurídica, el cual se pronuncia sobre la solicitud de fijación tarifaria formulada por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), para la prestación del servicio especial denominado "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en los servicios "uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "carga/descarga de suministro menores a las naves"; y,

### CONSIDERANDO:

Que, el literal b) del numeral 3.1 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, el numeral 3.1 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el numeral 6.2 de la Ley 26917, establece que las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN, comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios;

Que, el literal b) numeral 7.1 artículo 7 de la Ley N° 26917, establece que OSITRAN tiene como función operar el sistema tarifario de infraestructura bajo su ámbito;

Que, el artículo 16 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que OSITRAN fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual;

Que, con fecha 11 de mayo de 2011, se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante el "Contrato de Concesión") entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y APMT en calidad de Concesionario;



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





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

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

Que, asimismo, la referida cláusula establece que el Concesionario antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, y sus modificatorias, deberá presentar al INDECOPI, con copia al Regulador, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia; destacando que, en caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existen dichas condiciones, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda;

Que, mediante escritos del 30 de noviembre de 2011 y 16 de marzo de 2011, APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia de los servicios denominados "Aprovisionamiento de suministros a la nave" y "provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI);

Que, el 22 de noviembre del 2012, INDECOPI remitió a APMT la carta N° 724-2012/PRE-INDECOPI, a la cual adjunta el Informe N° 132-2012/GEE del 31 de octubre de 2012, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de dicha entidad. En dicho Informe se señaló que los servicios propuestos por APMT no son prestados en condiciones de competencia;

Que, el 1 de octubre de 2013, mediante carta N° 209-2013-APMT/GC, el Concesionario solicita al OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el Servicio Especial "Suministros a las naves desde muelle". Este servicio, cuando fue evaluado por INDECOPI se denominaba "Aprovisionamiento de suministros a la nave". Respecto del servicio "provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave", la concesionaria no ha solicitado inicio de procedimiento de fijación tarifaria;

Que, con fecha 13 de enero del 2014, mediante Informe N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, y de Asesoría Jurídica de OSITRAN recomiendan declarar improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria para el Servicio Especial denominado "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en los servicios "uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "carga/descarga de suministro menores a las naves";

Que, luego de deliberar el Consejo Directivo expresa su conformidad respecto del Informe N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN, el cual se adjunta y forma parte del sustento y motivación de la



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





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

presente Resolución, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, estando a lo anterior, y conforme a las funciones y atribuciones previstas en el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3, numeral 6.2 del artículo 6 y literal b) numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917; el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332; y el artículo 16 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.-** Declarar improcedente la solicitud presentada por APM Terminals Callao S.A. para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial denominado "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en los servicios "Uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "carga/descarga de suministro menores a las naves".

**Artículo 2º.-** Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN, a APM Terminals Callao S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Autoridad Portuaria Nacional, para los fines pertinentes.

**Artículo 3º.-** Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano, y la difusión de ésta, conjuntamente con el Informe N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

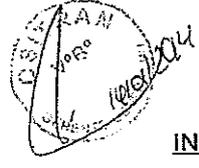
**PATRICIA BENAVENTE DONAYRE**  
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 3045

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



SCD: Parte con de cargo 'Internos'



**INFORME N° 001-14-GRE-GAJ-OSITRAN**



Para: **WILLIAM BRYSON BUTRICA**  
Gerente General (e)

De: **Manuel Carrillo Barnuevo**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

**Jean Paul Calle Casusol**  
Gerente de Asesoría Jurídica

**Benjamin De La Torre Lastarria**  
Jefe de Regulación

Asunto: Inicio de procedimiento de fijación tarifaria solicitada por APM Terminals para el servicio especial "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en los servicios "Uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "Carga/descarga de suministro menores a las naves".

Fecha: 13 de enero de 2014

**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante escritos del 30 de noviembre de 2011 y 16 de marzo de 2011, APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), remitió su solicitud de análisis de condiciones de competencia de los servicios denominados "Aprovisionamiento de suministros a la nave" y "provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave" al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
2. El 22 de noviembre del 2012, INDECOPI remitió a APMT la carta N° 724-2012/PRE-INDECOPI, a la cual adjuntaba el Informe N° 132-2012/GEE del 31 de octubre de 2012, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de dicha entidad. En dicho Informe se señaló que los servicios propuestos por APMT no son prestados en condiciones de competencia.
3. El 1 de octubre de 2013, mediante carta N° 209-2013-APMT/GC, el Concesionario solicita al OSITRAN el inicio de procedimiento de fijación tarifaria a instancia de parte para el Servicio Especial "Suministros a las naves desde muelle". Este servicio, cuando fue evaluado por INDECOPI se denominaba "Aprovisionamiento de suministros a la nave".



Respecto del servicio "provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave", la concesionaria no ha solicitado inicio de procedimiento de fijación tarifaria.



4. El 1 de octubre de 2013, OSITRAN solicita a APMT información adicional a efectos de resolver la solicitud presentada.
5. El 12 de diciembre de 2013, APMT remite la información referida en el párrafo anterior.

## II. OBJETIVO

6. El objetivo del presente informe es evaluar la procedencia de la solicitud de inicio de fijación tarifaria para el servicio especial "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en los servicios "Uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "Carga/descarga de suministro menores a las naves", presentado por APMT.

## III. ANÁLISIS

### 1. EVALUACIÓN LEGAL

#### Los alcances del Contrato de Concesión

7. La Cláusula 16.1 del Contrato de Concesión establece que "[e]l Contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, expresa que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que la SOCIEDAD CONCESIONARIA declara conocer."  
[El subrayado es nuestro]



8. Concordante con ello, la cláusula 1.23.68 precisa que las Leyes y Disposiciones Aplicables "[e]s el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato y el Contrato de Asociación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente."



9. Adicionalmente, la cláusula 1.23.94 establece que las disposiciones de OSITRAN, que incluye los reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Reglamento General del OSITRAN (en adelante, el REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, así como los actos administrativos que emita "...son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA." [El subrayado es nuestro]



10. Finalmente, la cláusula 14.7 del Contrato de Concesión reconoce que el Regulador "...está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que les confiere el Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente o las que las sustituyan o modifiquen." [El subrayado es nuestro]

11. A partir de las cláusulas antes mencionadas, se puede concluir lo siguiente:

- Al Contrato de Concesión le resulta de aplicación las normas con rango de ley, emitidas por cualquier autoridad gubernamental competente.
- Es de observancia obligatoria para el Concesionario, los Reglamentos emitidos por el Regulador.
- En el Contrato se reconoce expresamente que al Regulador le compete ejercer todas las facultades conferidas por la legislación vigente.

12. En tal sentido, corresponde a continuación, revisar el contenido del marco normativo aplicable, a fin de delimitar la función reguladora del OSITRAN en el ámbito portuario.

#### La Ley del Sistema Portuario Nacional

13. Conforme al artículo 6 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, Ley de creación de OSITRAN), y al artículo 4 del REGO, OSITRAN ejerce las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias y reclamos.

14. En concordancia con ello, el numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante, Ley del SPN), establece que compete a OSITRAN:

*"Artículo 21.- Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público (OSITRAN)*

*21.1 Corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.*

*(...)"*

*[El subrayado es nuestro]*



15. En lo que corresponde a la contraprestación por el uso de bienes portuarios de uso público, el artículo 13 de la Ley del SPN establece lo siguiente:

*"Artículo 13.- Tarifas portuarias*

*13.1 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, está sujeta al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y/o de las Autoridades Portuarias Regionales, según la delegación de facultades señalada en el artículo 21.2 de la presente Ley. Los administradores portuarios pueden presentar sus propuestas tarifarias de acuerdo a lo señalado en el artículo 21.2 de la presente Ley.*



13.2 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.

13.3 Los puertos o terminales privados de uso privado no están sujetos a los regímenes tarifarios.”

[El subrayado es nuestro]

16. Como puede observarse, la Ley del SPN es clara en señalar que, en los mercados de servicios portuarios donde no exista competencia, corresponde a OSITRAN establecer la tarifa pertinente, en tanto que, en el ámbito de los servicios portuarios sujetos a competencia corresponderá el pago de precios libremente fijados por los prestadores, sin perjuicio de la función de supervisión del contrato de concesión que le corresponde ejercer al OSITRAN como parte del Régimen Tarifario Supervisado.<sup>1</sup>
17. Como veremos a continuación, el citado marco legal guarda absoluta concordancia con las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Tarifas (en adelante, el RETA), del OSITRAN, aprobado por Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN, modificado por Resoluciones N° 082-2006-CD-OSITRAN y N° 003-2012-CD-OSITRAN.

#### De los alcances del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN

18. De la revisión de las disposiciones del RETA puede advertirse lo siguiente:

- La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva de OSITRAN, por lo que le corresponde disponer la fijación, revisión o ajuste de Tarifas Máximas, y en general el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan reglas de aplicación de tarifas (artículo 5).
- 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 (artículos 10 y 11).
- Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las disposiciones y criterios tarifarios, por lo estipulado en el RETA, salvo que dicho Contrato contenga normas específicas (artículo 9).
- Concordante con lo anterior, el RETA será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión, si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y



<sup>1</sup> El artículo 10 del Reglamento General de Tarifas define al Régimen Tarifario Supervisado como aquel bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que presten en condiciones de competencia en los mercados. Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la infraestructura de Transporte de Uso Público, sin perjuicio de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.

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 (artículo 24).

- Corresponde a OSITRAN fijar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las tarifas por servicios nuevos (artículo 17).
- En los casos de inicio de procedimiento a instancia de parte, la Gerencia de Regulación, con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Legal, contará con un plazo máximo de 30 días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentar a la Gerencia General el Informe respectivo. De requerirse opiniones adicionales, el plazo se suspende. La Gerencia General lo someterá a consideración del Consejo Directivo quien emitirá la resolución correspondiente relativa al inicio del procedimiento tarifario (artículo 61).
- Por otro lado, la Única Disposición Complementaria (UDC) del RETA establece un procedimiento relacionado con las actuaciones previas al inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria, en caso el INDECOPI concluya que no existen condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público, supuesto en el cual se dispone excepcionalmente el inicio del procedimiento de fijación tarifaria: (i) con la presentación de la propuesta tarifaria elaborada por la APN o, ante la falta de presentación antes referida, (ii) de oficio<sup>2</sup>.

19. En virtud de lo expuesto, podemos afirmar lo siguiente:

- De acuerdo con el RETA, OSITRAN tiene competencia para regular mediante fijación tarifaria los servicios derivados de la explotación de infraestructura portuaria, cuando éstos no se presten en condiciones de competencia.
- El RETA es de aplicación supletoria a las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión<sup>3</sup>, es decir, en aquellas materias no desarrolladas por el Contrato o desarrolladas parcialmente (p.e. si el Contrato no regulara en su totalidad el procedimiento para la fijación tarifaria).



- <sup>2</sup> El procedimiento de actuaciones preparatoria contemplado en la mencionada DCU es el siguiente:
- (i) OSITRAN podrá solicitar el pronunciamiento de INDECOPI para que se pronuncie sobre la "existencia de condiciones de competencia", para lo cual gozará de un plazo de 70 días hábiles.
  - (ii) Comprobada la no existencia de condiciones de competencia por INDECOPI, la APN deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI.
  - (iii) Si vencido el plazo la APN no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro del plazo máximo de 70 días hábiles.
- <sup>3</sup> El RETA será de aplicación supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos.

- El RETA establece que OSITRAN deberá regular mediante la fijación de tarifas, en caso los servicios involucrados no sean prestados en condiciones de competencia.
- Conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del RETA, el procedimiento de fijación tarifaria se podrá iniciar de oficio, por OSITRAN o, de parte, a solicitud de la Entidad Prestadora. En los casos de solicitud de parte, OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, cuenta con 30 días para emitir pronunciamiento sobre la procedencia de la solicitud de fijación tarifaria.

### Los Servicios Especiales contemplados en el Contrato de Concesión

20. La Cláusula 1.23.98 del Contrato de Concesión del Terminal Norte define a los Servicios Especiales 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. (...)"*

21. Asimismo, la cláusula 8.23 del Contrato señala el procedimiento que debe seguir el concesionario cuando desee iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato:



**"RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO**

8.23. (...)

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como 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.*

(...)



*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 a 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 y condiciones."*

[El subrayado es nuestro]



22. Como puede observarse, el Contrato de Concesión establece un procedimiento específico de actuaciones preparatorias, previas al inicio del procedimiento de fijación tarifaria a pedido de la Concesionaria, en caso el INDECOPI concluya que el servicio especial que se pretende implementar no se prestará en condiciones de competencia, resultando el RETA de aplicación supletoria únicamente en los aspectos no previstos en el Contrato de Concesión.

23. En el presente caso, como se señaló en los antecedentes del presente Informe, INDECOPI mediante carta N° 724-2012/PRE-INDECOPI, a la cual se adjuntó el Informe N° 132-2012/GEE del 31 de octubre de 2012, señaló en relación al servicio materia del presente Informe, que el mismo no es prestado en condiciones de competencia, por lo que de conformidad con la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión y estando a las disposiciones del RETA, corresponde analizar la procedencia de la solicitud de fijación tarifaria presentada.

## 2. EVALUACION ECONOMICA

### 2.1 Sobre los Servicios presentados a INDECOPI

24. Como se indicó en los antecedentes del presente Informe, el 22 de noviembre del 2012, INDECOPI remitió a APMT la Carta N° 724-2012/PRE-INDECOPI, la cual adjuntaba el Informe N° 132-2012/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de dicha entidad. En dicho Informe se señaló que los servicios propuestos por APMT no son prestados en condiciones de competencia.

25. Los servicios cuya evaluación fueron propuestos por APMT a INDECOPI fueron dos:

- a) Uso de muelle para embarque de suministros a la nave.
- b) Provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves desde otra nave.

26. El servicio "Uso de muelle para embarque de suministros a la nave" consiste en otorgar facilidades de acceso a las instalaciones del terminal a las empresas que abastecen de suministros a las naves. Dichos suministros pueden ser de dos tipos:

- Combustible (carga líquida a granel), en cuyo caso el embarque es realizado por las propias empresas abastecedoras.
- Otros suministros en forma de carga fraccionada: víveres, cilindros de lubricantes, medicinas, agua, entre otros (avitallamiento), en cuyo caso, APMT brindaría el servicio de embarque

En cualquier tipo de suministro, la prestación del servicio supone facilitar el acceso y uso del muelle.

27. Por otro lado, el servicio "Provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave" consiste en otorgar área acuática alrededor de los amarraderos (frente de atraque), así como infraestructura de abrigo y rompeolas, con personal de coordinación en operaciones y seguridad.



**2.2 Sobre el Servicio presentado a OSITRAN**

28. Mediante oficio N° 209-2013-APMTC/GG recibido el 1 de octubre de 2013, APMT presenta su propuesta de Servicio Especial denominada "Suministro a las naves desde muelle", señalando que este servicio era el que anteriormente se denominaba "Uso de muelle para embarque de suministros a las naves" cuando fue presentado a INDECOPI. De ello puede entenderse que: i) se trata del mismo servicio, pero con distinta denominación, y ii) APMT no ha solicitado inicio de procedimiento de revisión tarifaria del servicio denominado "Provisión de área acuática para el abastecimiento de combustible y otras mercancías menores a las naves con otra nave".
29. Habiendo precisado lo anterior, el servicio "Suministro a las naves desde muelle", según señala el Concesionario, se descompone en lo siguiente:
- "Uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustibles a las naves"
  - "Carga/descarga de suministros menores a las naves"
30. A continuación se procederá a efectuar el análisis correspondiente a efectos de determinar si procede iniciar proceso de fijación tarifaria respecto del servicio propuesto, para lo cual se revisarán los componentes aludidos anteriormente.

**2.3 Uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves**

**a) Alcances del Servicio**

31. APMT describe el referido servicio en los siguientes términos:

<u>Proceso Operativo</u>	<u>Alcance del Servicio (Recursos Asignados por APMT Callao)</u>
<p><b>Orden de Servicio para Ingreso de Camión Cisterna</b> A través de este documento, el Proveedor o Abastecedor (empresa administradora del camión cisterna) coordina autorización de ingreso al TNM del camión cisterna. La Orden de Servicio es entregado por APMT Callao.</p> <p><b>Ingreso del camión cisterna al TNM y posicionamiento en el muelle del TNM</b> El camión cisterna ingresa al TNM y su primer paso es por alguna de las balanzas del TNM. En la balanza el conductor o asistente del camión cisterna presenta la guía del camión El camión cisterna se traslada desde la balanza hasta el amarradero o muelle (costado de la nave o barcaza)</p> <p><b>Abastecimiento de combustible a la nave</b> El camión cisterna, luego de estar ubicado en amarradero, abastece de combustible a la barcaza o nave. Cabe precisar que el personal del Proveedor es el encargado de conectar las mangueras entre el camión cisterna y la balanza o nave. Asimismo, el proveedor se encarga por lo general de colocar señales, letreros y conos para delimitar la zona donde se encuentra el camión cisterna.</p> <p><b>Salida del camión cisterna del TNM</b> El camión cisterna, luego de finalizado el abastecimiento de combustible, sale del TNM por la balanza.</p>	<p><b>Orden de Servicio</b> Personal de APMT Callao se dedica a la verificación de documentación remitida por la empresa administradora del camión cisterna solicitando orden de servicio</p> <p><b>Ingreso del Camión Cisterna</b> Uso de la balanza; personal de balanza; emisión del Ticket de pesaje; uso de vías de circulación de TNM y personal de seguridad que supervisará traslado interno.</p> <p><b>Abastecimiento de combustible</b> Uso de muelle por parte del camión y/o combustible; personal contraincendios de APMT Callao y personal que verifique la operación de abastecimiento de combustible en concordancia con los estándares de seguridad.</p> <p><b>Salida de camión cisterna</b> Uso de vías de circulación; Uso de balanza y personal de balanza.</p>



32. En su propuesta tarifaria, el Concesionario señala que el "uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves", tiene como alcance la provisión de facilidades esenciales (amarradero en forma exclusiva y vías de circulación internas terrestres), pesaje, revisión de documentación, disponibilidad de equipos de emergencias y otras medidas de seguridad para permitir las faenas de abastecimiento de combustible desde unidades vehiculares terrestres (camión-cisterna) a las naves o barcazas atracadas en el Terminal Norte, faenas que serán realizadas o prestadas por terceras empresas contratadas directamente por el usuario (línea naviera).
33. En su propuesta, el Concesionario precisa que el aprovisionamiento de combustible a las naves o barcazas es "una actividad prestada por terceras empresas" y APMT no dedicará equipos para realizar dicho aprovisionamiento o embarque.
34. Asimismo, el Concesionario refiere que no dispone de información detallada de la estructura de costos del servicio en cuestión.

b) Evaluación

35. En el punto iii) de la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión se establece que "la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión".
36. De ello, se deriva que APMT está facultado a brindar los Servicios que considere pertinente en condiciones de exclusividad. No obstante, de la lectura de la cláusula 1.23.97 que regula la definición de Servicios, el Concesionario está en libertad de declinar este derecho y permitir que otras empresas ingresen a prestarlos. En efecto:



"1.23.97 Servicios

*Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales."*[Subrayado nuestro]



37. Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante RLSPN), aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC y sus modificatorias, el abastecimiento de combustible constituye un servicio portuario, por lo que el mismo, en línea con las cláusulas 1.29.97 y 2.7 del contrato de concesión, podrá ser prestado por el Concesionario de manera directa (exclusiva) o mediante terceros, sin perder en este último caso el Concesionario la responsabilidad por la adecuada prestación del servicio, de acuerdo con la cláusula 2.8 del mismo.<sup>4</sup>



<sup>4</sup>"La SOCIEDAD CONCESIONARIA es la única responsable frente al CONCEDENTE del cumplimiento de las obligaciones que le impone el presente Contrato de Concesión, por lo que no estará exenta de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de los contratos que celebre con sus contratistas o proveedores o de las acciones de éstos."

38. Ahora bien, debe tenerse presente que en situaciones normales, para el ingreso de terceros a la infraestructura esencial a fin de que puedan prestar el referido servicio, es necesaria la aplicación del Reglamento Marco de Acceso (REMA), aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias. De acuerdo a este reglamento, el abastecimiento de combustible constituye un servicio esencial (Anexo 2 del REMA), para lo cual es indispensable el uso de facilidades esenciales (Anexo 1 del REMA)<sup>5</sup>, pudiendo en este caso el Concesionario y el usuario intermedio firmar un contrato de acceso u OSITRAN, en caso no exista acuerdo entre las partes, disponer un mandato de acceso, con el correspondiente cargo de acceso (pago por el uso de las facilidades esenciales).
39. Sin embargo, en el presente caso esta posibilidad no es aplicable debido a que la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito claramente ha excluido la aplicación de REMA:

"Cláusula 2.7

(...)

*Las Partes y la APN reconocen que en aplicación de lo establecido en el numeral 11.3 del artículo 11 de la LSPN modificado por el Decreto Legislativo N°1022, no serán de aplicación al presente Contrato de Concesión las normas del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N°014-2003-CD/OSITRAN, modificado por la Resolución del Consejo Directivo N°054-2005-CD/OSITRAN o aquella norma que la sustituya, salvo en el caso de los servicios de practicaje y remolcaje" [Subrayado nuestro].*

40. De este modo, para la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en el Terminal Portuario del Callao administrado por APMT, el concesionario está facultado a proveer ese servicio portuario de manera exclusiva o a través de terceros, no siendo de aplicación en este último caso las reglas del REMA por acuerdo expreso de las partes.

<sup>5</sup> Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA

PUERTOS

- \* Señalización portuaria.
- \* Obras de abrigo o defensa.
- \* Poza de maniobras y rada interior.
- \* Muelles.
- \* Amarraderos.
- \* Vías y áreas de tránsito interno.
- \* Áreas para atención de pasajeros y equipaje.
- \* Áreas de Maniobras.
- \* Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- \* Áreas de parqueo de equipos.

41. De otro lado, el Reglamento de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, en su artículo 4 establece:

**"Artículo 4.- Ámbito de aplicación**

*El presente Reglamento es de aplicación al procedimiento de fijación, revisión y desregulación de las tarifas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual."* [Subrayado nuestro].

42. A su vez, el artículo 3 define los términos "fijación de tarifas" e "infraestructura de transporte de uso público" de la siguiente manera:

*"Fijación de Tarifas: Es el procedimiento administrativo que lleva a cabo el OSITRAN, conducente a la determinación de las Tarifas, peajes o cobros similares, aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, cuando se haya determinado previamente que los servicios en cuestión no se prestan en condiciones de competencia en el mercado."*

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



43. De esta manera, el RETA establece que sólo los servicios serán materia de fijación tarifaria en la medida que resulten derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, por lo que la habilitación a terceros del acceso a la infraestructura no constituye en puridad un servicio y, por lo tanto, no debe ser materia de regulación tarifaria. Ello constituirá, en todo caso, el acceso a facilidades esenciales, cuyo régimen se regula por el REMA.



44. En el presente caso, de la lectura de los documentos remitidos por APMT en los que indica que el servicio consiste en permitir a sus usuarios (que brindan el servicio de abastecimiento de combustible) el uso de muelle, así como facilidades y condiciones al vehículo que ingresa al terminal, debe advertirse que dicha propuesta constituye en realidad el otorgamiento de acceso a los usuarios intermedios a facilidades esenciales. Lo anterior no puede ser materia de fijación tarifaria, toda vez que ello implicaría la determinación de un cargo de acceso según el REMA, cuya aplicación no está permitida por la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, y además porque no se está frente a la prestación de un servicio, en los términos del RETA, sino frente a la utilización de facilidades esenciales.



45. Debe señalarse que la situación cambiaría en el supuesto que el Concesionario, haciendo uso de la exclusividad prevista en la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, decida prestar el servicio de abastecimiento de combustible de manera directa en el Terminal Portuario del Callao. En este supuesto, sí procedería la fijación de una tarifa por parte del Regulador, toda

vez que se estaría frente a la prestación de un servicio según lo previsto por el RETA, el cual no se prestaría en condiciones de competencia.

46. Por el contrario, la propuesta remitida por el Concesionario implicaría establecer una tarifa por un conjunto de las actividades que forman parte de la cadena de provisión del servicio de abastecimiento de combustible en puertos. En el supuesto negado en que el Regulador determinara una tarifa para este conjunto de actividades, estaría desconociendo uno de los pilares en los que se basa el Contrato de Concesión, es decir, la definición de servicios en función a la cadena logística, que incluye los servicios portuarios necesarios para poder realizar las operaciones de embarque (o descarga) de bienes.
47. Adicionalmente, es necesario señalar que los costos relacionados a las vías de acceso y al uso de muelle que se presentan en la propuesta del concesionario, se encuentran plenamente reconocidos en las tarifas que se cobran por los Servicios Estándar y los Servicios Especiales establecidos en el Contrato de Concesión. En ese sentido, se trata de costos comunes que son financiados por los diferentes servicios que brinda el terminal portuario.

#### 2.4 Carga/descarga de suministros menores a las naves

##### a) Alcances del Servicio

48. APMT describe el referido servicio como lo siguiente:

Proceso Operativo	Alcance del Servicio (Recursos Asignados por APMT Callao)
<b>Orden de Servicio para Ingreso de Camiones Cisterna</b> A través de este documento, el Proveedor de suministros menores (barriles de lubricantes, accesorios de naves y otros) coordina autorización de Ingreso al TMM del camión. La orden del Servicio es entregado por APMT Callao. <b>Ingreso del camión cisterna al TMM y posicionamiento en el muelle del TMM</b> El camión cisterna ingresa al TMM y su primer paso es por alguna de las balanzas del TMM. En la balanza el conductor o asistente del camión cisterna presenta la guía del camión. El camión cisterna se traslada desde la balanza hasta el amarradero o muelle (costado de la nave o barcaza). <b>Carga/descarga de suministros menores</b> La grúa (u otro equipo de levante) retira la carga (suministros menores) del camión para su embarque a la nave comercial (o barcaza).	<b>Orden de Servicio</b> Personal de APMT Callao se dedica a la verificación de documentación remitida por la empresa administradora del camión cisterna solicitando orden de servicio. <b>Ingreso del Camión Cisterna</b> Uso de balanza; Personal de Balanza; Emisión del Ticket de pesaje y uso de vías de circulación del TMM. <b>Carga/descarga de suministros menores</b> Uso de muelle de los suministros; grúa (u otro equipo de levante) para embarcar los suministros a la nave; personal que opera las grúas u otro equipo de levante; personal adicional verifica operaciones.

49. En su propuesta tarifaria, el Concesionario señala que el servicio de carga/descarga de suministros menores a la nave, tiene como alcance el embarque y/o descarga de otros suministros (madera, lubricantes en barriles, repuestos de naves y otros productos) a la nave, el cual se realizará con equipos de muelle y personal de APMT, incluyendo el uso de facilidades esenciales (muelle), pesaje y gastos administrativos.

50. El Concesionario precisa que este servicio se aplica "únicamente en aquellos casos que la carga/descarga de estos suministros menores impliquen la provisión de equipos y personal por parte de APMT Callao además de un uso exclusivo del amarradero para dichas labores de carga/descarga. En aquellos casos que la carga/descarga de estos suministros menores se realice por la tripulación de la nave, lo cual es la práctica mayoritaria, no aplica la prestación de este servicio ya que no se requiere de equipos y personal de APMT Callao ni se hace uso exclusivo de un frente de atraque. Estos suministros llegan al Terminal Norte casi en exclusiva en forma de carga suelta o fraccionada".

51. El Concesionario refiere que no dispone de información detallada de la estructura de costos del servicio en cuestión, por consiguiente, no es posible determinar el tipo de equipamiento o personal que involucraría este servicio.

b) Evaluación

52. Si bien en los documentos de la solicitud se hace referencia al término avituallamiento, el cual constituye un servicio portuario de acuerdo con el RLSPN, debe señalarse que el servicio propuesto por el Concesionario no configuraría como tal, toda vez que la propuesta, al tener como alcance el embarque y/o descarga de suministros menores, no se condice con la definición de avituallamiento prevista en la Resolución Ministerial N° 259-2003-MTC-02 "Aprueban Reglamento de los Servicios de Transporte Acuático y Conexos Prestados en Tráfico de Bahía y Áreas Portuarias". Esta última define al avituallamiento como "aquel servicio por el cual se provee a una embarcación de víveres, combustible de uso doméstico, medicinas, agua y en general de productos y materiales necesarios para la operación de una embarcación, con excepción del combustible para la operación de la misma". En ese sentido, el Concesionario no proveerá propiamente avituallamiento, sino sólo prestará servicios de embarque/descarga.



53. Por otro lado, el Concesionario señala en su propuesta que "los suministros menores" podrían ser clasificados como carga suelta o fraccionada. En ese sentido, el servicio de "carga/descarga de suministros menores" calza como un "servicio de embarque/desembarque de carga fraccionada" dentro del servicio estándar.

54. En el Contrato de Concesión queda claro que sólo existe una única tarifa para carga fraccionada, las tarifas no han sido fijadas por tipos de carga. Por consiguiente, no podría establecerse una tarifa para "suministros menores", toda vez que se trata de carga fraccionada.



55. De esta forma, cuando el Concesionario brinde el servicio de "carga/descarga de suministros menores a la carga", el Concesionario deberá cobrar la tarifa que le corresponde al servicio de embarque/desembarque de carga fraccionada, tal y como lo establece el Contrato de Concesión.

56. Por consiguiente, el servicio especial "Suministros a las naves desde muelle", en su componente "carga/descarga de suministros menores a la nave", propuesto por el Concesionario, se trata de embarque/descarga de carga suelta o fraccionada previsto como Servicio Estándar. En ese sentido, este tipo de carga debe recibir el mismo tratamiento de la carga suelta o fraccionada.

IV. CONCLUSIONES



57. De lo anterior, se desprende lo siguiente:

- i. El servicio especial "Suministros a las naves desde muelle", en su componente "abastecimiento de combustible para naves" propuesto por el Concesionario, constituye en realidad el otorgamiento de acceso a los usuarios intermedios a facilidades esenciales, lo cual no puede ser materia de fijación tarifaria, toda vez que ello implicaría la determinación de un cargo de acceso según el REMA, cuya aplicación no está permitida por la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, y además porque no se está frente a la prestación de un servicio, en los términos del RETA, sino frente a la utilización de facilidades esenciales.
- ii. El servicio especial "Suministros a las naves desde muelle", en su componente "carga/descarga de suministros menores a la nave", propuesto por el Concesionario, se trata de embarque/descarga de carga suelta o fraccionada previsto como Servicio Estándar. En ese sentido, este tipo de carga debe recibir el mismo tratamiento de la carga fraccionada, por lo que el Concesionario se encuentra obligado a cobrar la tarifa que para este tipo de servicio se encuentra establecida en el Contrato de Concesión.
- iii. Por lo señalado en los numerales anteriores, no puede iniciarse el procedimiento de fijación tarifaria del servicio "Suministros a las naves desde muelle", solicitado por el Concesionario.

#### V. RECOMENDACIÓN

58. Se recomienda declarar improcedente la solicitud presentada por el Concesionario para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria para el Servicio Especial denominado "Suministros a las naves desde muelle", el cual se descompone en "uso de facilidades y provisión de condiciones para abastecimiento de combustible a las naves" y "carga/descarga de suministro menores a las naves".

  
**MANUEL CARRILLO BARNUEVO**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

  
**JEAN PAUL CALLE CASUSO**  
Gerente de Asesoría Jurídica

  
**BENJAMÍN DE LATORRE LASTARRIA**  
Jefe de Regulación