

Resolución de Gerencia General

Nº 059-2009-GG-OSITRAN

Lima, 02 de noviembre de 2009

VISTOS:

La solicitudes de intervención de OSITRAN formuladas por Neptunia S.A., Estibas Callao S.A.C. y Cosmos Agencia Marítima S.A.C., con relación al proceso de subasta Nº 001/2009 ENAPU S.A. para el acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao, así como lo actuado en el expediente administrativo tramitado por la Gerencia de Supervisión y el Informe Nº026-09-GS-GAL de fecha 27 de octubre de 2009, elaborado por las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de julio de 2009, ENAPU S.A. mediante Resolución de Gerencia General Nº 385-2009 ENAPU S.A./GG, aprueba las Bases del proceso de selección de la Subasta Pública Nº 001/2009/ENAPU S.A. para el Acceso de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles al Amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao (en adelante, la Subasta Pública de Acceso).
2. Mediante Carta Nº 877-2009 ENAPU S.A./GG de fecha 13 de agosto de 2009, la entidad prestadora ENAPU S.A., remite a OSITRAN en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 88º "Consultas y Observaciones a las Bases" del Reglamento Marco de Acceso – REMA de OSITRAN, la absolucón de consultas y observaciones efectuadas por la Comisión Especial de ENAPU S.A., relacionado con la Subasta Pública de Acceso.
3. Con fecha 18 de agosto de 2009, ESTIBAS CALLAO solicita la intervención de OSITRAN de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 88 del REMA, al considerar que la pregunta Nº 2 que formulara no ha sido adecuadamente absuelta por ENAPU.
4. A través de comunicación de fecha 18 de agosto de 2009, COSMOS, en virtud de lo establecido en el artículo 88º del REMA, solicita la intervención de OSITRAN.
5. Con fecha 18 de agosto de 2009, NEPTUNIA, solicita la intervención de OSITRAN al amparo de lo establecido en el artículo 88º del REMA, al considerar que las consultas que formulara no han sido adecuadamente absueltas.

6. Mediante el Memorando N° 579-09-GS-OSITRAN, de fecha 20 de agosto de 2009, la Gerencia de Supervisión envía a la Gerencia de Asesoría Legal el sobre cerrado, con sello de confidencialidad, remitido por la empresa Neptunia.
7. Mediante Memorando N° 109-09-GAL-OSITRAN de fecha 20 de agosto de 2009, la Gerencia de Asesoría Legal pone en conocimiento de la Gerencia de Supervisión que la solicitud de confidencialidad presentada por NEPTUNIA ante OSITRAN, no cumple con la totalidad de requisitos de forma exigidos en el "Reglamento para la determinación, registro y resguardo de la información Confidencial de OSITRAN".
8. Mediante Oficio N° 2871-09-GS-OSITRAN, de fecha 21 de agosto de 2009, se comunica a NEPTUNIA que la solicitud de declaración de carácter confidencial no puede ser procesada, toda vez que no cumple con todos los requisitos mínimos señalados en el Artículo 9° del "Reglamento para la determinación, registro y resguardo de la información Confidencial de OSITRAN", al no indicarse el periodo durante el cual la información debe ser mantenida como confidencial.
9. Con fecha 24 de agosto de 2009, NEPTUNIA subsana la observación remitida por OSITRAN, indicando el periodo por el cual la información presentada por ésta deba de ser mantenida como confidencial.
10. Mediante Memorando N° 111-09-GAL-OSITRAN de fecha 25 de agosto de 2009, la Gerencia de Asesoría Legal hace de conocimiento de la Gerencia de Supervisión que la solicitud de confidencialidad presentada por NEPTUNIA ante OSITRAN, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 9° y 10° del Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de Información Confidencial presentada ante OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN.
11. Mediante Oficios N° 2910 y 2911-09-GS-OSITRAN y Oficio Circular N° 2912-09-GS-OSITRAN, de fecha 25 de agosto de 2009, OSITRAN corre traslado de una de las observaciones realizadas por la empresa NEPTUNIA a ENAPU S.A.; y, al resto de empresas interesadas en participar en el procedimiento de Acceso, en relación a una pregunta de CORMIN S.A.C.
12. Con fecha 26 de agosto de 2009, mediante la Carta N° 933-09-ENAPU S.A./GG, ENAPU da respuesta al Oficio N° 2911-09-GS-OSITRAN, indicando que Ositran pueda dar su pronto pronunciamiento respecto a la observación realizada por Neptunia S.A.
13. Con fecha 27 de agosto de 2009, mediante Carta N° 22-2009 ENAPU S.A. /Com. Subasta Acceso Fajas, ENAPU S.A. remitió las comunicaciones N° 12 al 21-2009 ENAPU S.A./Com. SubastaAccesoFajas del 26 de agosto de 2009, en el que se informa a las empresas interesadas en participar en el procedimiento de acceso, que el mismo se posterga hasta recibir el pronunciamiento de OSITRAN respecto a la solicitud de intervención efectuada por NEPTUNIA.

14. Con fecha 27 de agosto de 2009, NEPTUNIA señala que existiría una omisión por parte de OSITRAN en el Oficio N° 2912, respecto al número de preguntas que cuestiona dicha empresa.
15. Con fecha 28 de agosto de 2009, CORMIN CALLAO S.A.C. (en adelante, CORMIN) solicita que con relación al Informe presentado por NEPTUNIA (respecto del cual este último solicitó que se declare la confidencial), sea comunicado en su totalidad a todos los participantes de la subasta, a fin de poder rebatir técnica y económicamente las consideraciones consignadas en el Informe.
16. Mediante Memorando N° 610-09-GS-OSITRAN, de fecha 28 de agosto de 2009, la Gerencia de Supervisión solicita a la Gerencia de Asesoría Legal determinar si la solicitud de confidencialidad califica dentro del supuesto del literal a) del Artículo 6° del "Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de Información Confidencial presentada ante OSITRAN".
17. Con fecha 28 de agosto de 2009, mediante el Memorando N° 115-09-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal da respuesta a la consulta efectuada por la Gerencia de Supervisión.
18. Con fecha 1 de setiembre de 2009, mediante la Carta N° 963-2009 ENAPU S.A./GG, ENAPU S.A. da respuesta a las observaciones realizadas por NEPTUNIA y solicita que se le remita el Informe Técnico presentado por dicha empresa.
19. Con fecha 1 de setiembre de 2009, PERUBAR S.A., en respuesta al Oficio Circular N° 2912-09-GS-OSITRAN, expone sus consideraciones respecto a las observaciones realizadas por NEPTUNIA.
20. Con fecha 1 de setiembre de 2009, CORMIN, en respuesta al Oficio Circular N° 2912-09-GS-OSITRAN, expone sus consideraciones respecto a las observaciones realizadas por NEPTUNIA.
21. Con fecha 1 de setiembre de 2009, mediante Oficio N° 3018-09-GS-OSITRAN, se requiere a NEPTUNIA presentar la documentación que acredite estar legitimada para solicitar la confidencialidad, dado que el documento respecto del cual pidió la confidencialidad es un documento de otra empresa.
22. Con fecha 2 de setiembre de 2009, COSMOS da respuesta a la observación realizada por OSITRAN, indicando que NEPTUNIA cuenta con la autorización de COSMOS para presentar el Informe técnico solicitado como confidencial.
23. Con fecha 2 de setiembre de 2009, NEPTUNIA, a efectos de subsanar la observación planteada por OSITRAN, señala que la solicitud de declaración de confidencialidad fue debidamente solicitada por su empresa vinculada COSMOS Agencia Marítima S.A.C., propietaria del mismo.

24. Con fecha 4 de setiembre de 2009, NEPTUNIA solicita que OSITRAN se pronuncie sobre todos los aspectos que según este no han sido adecuadamente absueltos en la absolución de consultas por parte de ENAPU S.A.
25. Mediante Memorando N° 120-09-GAL-OSITRAN de fecha 4 de setiembre de 2009, en respuesta al Memorando N° 626-09-GS-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN señala que compete a la Gerencia de Supervisión evaluar si NEPTUNIA cumplió con acreditar estar legitimada para solicitar la confidencialidad del Informe Técnico.
26. Mediante Oficio N° 3128-09-GS-OSITRAN, se comunica a NEPTUNIA que:
- "... no ha cumplido con acreditar con documento alguno que indique tener derecho o interés legítimos y permita subsanar la observación realizada por el Regulador. Por tanto no tendría la condición de administrado para plantear una solicitud de confidencialidad..."*
27. Mediante Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN, de fecha 24 de setiembre de 2009, se comunicó a COSMOS que la solicitud de confidencialidad presentada por esta no es procedente.
28. Mediante Oficios N° 3407-09-GS-OSITRAN, 3408-09-GS-OSITRAN y Oficio Circular N° 3410-09-GS-OSITRAN, de fecha 1 de octubre de 2009, OSITRAN comunicó a NEPTUNIA, COSMOS, ENAPU S.A. y al resto de empresas interesadas en participar en el procedimiento de acceso, que la solicitud de confidencialidad solicitada por NEPTUNIA y COSMOS no es procedente. Asimismo, se les comunicó que el expediente administrativo que contiene las comunicaciones relacionadas con el procedimiento se encontraba a su disposición y se les otorgó un plazo de cinco (5) días para que puedan remitir sus observaciones y/o comentarios.
29. Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2009, COSMOS interpone recurso de reconsideración en contra de la declaración de improcedencia contenida en el Oficio N°3305-09-GS-OSITRAN
30. Mediante Resolución de fecha 26 de octubre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN:
- Rectificó de oficio el error material cometido por la Gerencia de Supervisión en el Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN que declaró la solicitud de información confidencial presentada por COSMOS como improcedente, en lugar de denegar dicha solicitud.
 - En virtud de lo anterior, tramitó el recurso de reconsideración interpuesto por COSMOS, como un recurso de apelación.
 - Declaró fundada la apelación interpuesta por COSMOS, revocó la decisión de la Gerencia de Supervisión y dispuso la confidencialidad del Informe denominado *"Opinión Técnica sobre las Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao"*.

II. MARCO LEGAL

31. El marco legal sobre la base del cual las empresas NEPTUNIA, ESTIBAS CALLAO y COSMOS han solicitado la intervención de OSITRAN es el artículo 88° del REMA, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 88.- Consultas y Observaciones a las Bases.

Los solicitantes de Acceso podrán presentar consultas y observaciones a las Bases dentro del plazo establecido en éstas. La Entidad Prestadora está obligada a dar respuesta a las consultas y levantar las observaciones dentro de los plazos establecidos. Asimismo, remitirá copia de su respuesta a OSITRAN.

Si la Entidad Prestadora no cumple con absolver adecuadamente las observaciones de los postores, cualquiera de ellos puede solicitar la intervención de OSITRAN, que actuará conforme a lo señalado en el Artículo 92. Para tal efecto, el o los postores que se consideren afectados, deberán notificar esta situación a OSITRAN en el plazo máximo de tres (3) días, contados desde la fecha de vencimiento del plazo de la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como una infracción, y por tanto está sujeta a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones."

(El subrayado es nuestro)

32. Al respecto, el artículo 92° del REMA, señala lo siguiente:

"Artículo 92.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.

OSITRAN podrá realizar de oficio observaciones a las Bases, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.

El incumplimiento de la obligación de subsanación a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, está sujeto a que dicha disposición no genere efecto legal alguno para los postores y sea considerada como no válida.

OSITRAN podrá observar las Bases o requerir a las Entidades Prestadoras, la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir a las Entidades Prestadoras que incluyan como un factor de competencia, el Cargo de Acceso que propone pagar el Usuario Intermedio, el precio del servicio que se prestará al usuario final o una combinación de ambos, entre otros; o, requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación

de los Usuarios Intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora, no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los Principios de neutralidad o de no-discriminación.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme el Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

(El subrayado es nuestro)

33. Es importante tener presente además que la finalidad del REMA, la cual se encuentra contenida en su artículo 5º es la siguiente:

Artículo 5.- Finalidad.

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

(El subrayado es nuestro)

34. Asimismo, es importante tener presente los principios que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar el acceso a una facilidad; al respecto, el artículo 8º del REMA señala lo siguiente:

Artículo 8.- Principios aplicables.

Los principios establecen las reglas que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial. Estos principios deben ser utilizados para sustentar y establecer criterios de celebración, contenido de los Contratos de Acceso, sin importar la modalidad que adopten, pudiendo ser utilizados además como criterio interpretativo o de integración de los mismos. Del mismo modo, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.

Los principios establecidos en este artículo se establecen con carácter enunciativo y no taxativo. Por tanto, se puede invocar otros principios generalmente aceptados de la práctica reguladora o del Derecho Administrativo, así como aquellos recogidos en la normativa aplicable a OSITRAN.

La no aplicación de estos principios por parte de las Entidades Prestadoras será considerada como una infracción que será sancionada de conformidad con el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Los principios a aplicar son:

a) Principio de libre Acceso.

El Acceso a la Facilidad Esencial sólo debe quedar sujeto al cumplimiento de los principios, requisitos y reglas establecidas en las normas y documentos referidos en el presente Reglamento.

b) Principio de neutralidad.

La Entidad Prestadora debe tratar a los usuarios intermedios no vinculados a ella, de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes.

De existir contratos que vinculen a la Entidad Prestadora con su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos respecto al uso de la infraestructura de transporte de uso público, éstos deben convertirse en parámetro para contratar con los operadores no vinculados a ella, en lo que sea favorable a estos últimos. La justificación de un trato diferenciado y la prueba en que se sustente, es de cargo de la Entidad Prestadora.

c) Principio de no discriminación.

Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.

d) Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada.

El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.

e) Principio de eficiencia.

La determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades.

f) Principio de plena información.

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

g) Principio de oportunidad.

Los plazos para el cumplimiento de procedimientos y la ejecución de obligaciones, no establecidos en el presente Reglamento, deben ser razonables y no deben constituirse en maniobras dilatorias.

h) Prohibición de subsidios cruzados.

Las Entidades Prestadoras no podrán imputar los costos de un servicio asignándolos a otros servicios.

III. ANÁLISIS

35. Es importante mencionar, que el presente análisis se realizará de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) y de manera supletoria por lo establecido en la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
36. Según lo estipulado en el artículo 88° del REMA, se procederá a analizar lo siguiente:
 - A. Admisibilidad de las solicitudes de intervención formuladas por Neptunia, Estibas Callao y Cosmos;
 - B. El alcance de la intervención de OSITRAN.
 - C. Procedencia de las solicitudes de intervención formuladas.

A. Admisibilidad de las solicitudes de intervención formuladas por Neptunia, Estibas Callao y Cosmos.

37. Como se puede apreciar de la cita del artículo 88° realizada en el numeral 32 del presente documento, cualquiera de los postores que considere que ENAPU no ha cumplido con absolver adecuadamente las observaciones formuladas, puede solicitar la intervención de OSITRAN en el plazo de tres (3) días hábiles contados desde la fecha de vencimiento del plazo con que cuenta la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.
38. De acuerdo al numeral 8.2 de las "Bases de la Subasta Pública de Acceso N° 001/2009 ENAPU S.A., Acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el Amarradero 3-B del Terminal Portuario del Callao" (en adelante, las Bases), ENAPU recibió entre el 15 y el 31 de julio de 2009 las consultas y solicitudes de información que presenten los adquirentes de las Bases, contando con plazo hasta el 13 de agosto de 2009, para atender las consultas y proporcionar la información solicitadas.
39. En virtud de lo señalado en los párrafos precedentes, y teniendo en cuenta que ENAPU tenía como plazo hasta el 13 de agosto de 2009 para atender las consultas formuladas por los adquirentes de las bases, el plazo de tres (3) días hábiles para solicitar la intervención de OSITRAN por parte de los postores que consideren que las consultas formuladas no han sido adecuadamente absuelta por parte de ENAPU venció el 18 de agosto del presente año.
40. Considerando que tanto NEPTUNIA como ESTIBAS CALLAO y COSMOS han solicitado la intervención de OSITRAN mediante comunicaciones remitidas a este Regulador con

fecha 18 de agosto de 2009, y que dichas empresas han realizado consultas a ENAPU las mismas que han sido respondidas por dicha Entidad prestadora, por lo que se presume que han adquirido las bases, se considera que las solicitudes de intervención de OSITRAN formuladas por Neptunia, Estibas Callao y Cosmos son admisibles.

41. Al respecto, debe considerarse que si bien el artículo 88° del REMA establece que cualquiera de los postores que considere que ENAPU no ha cumplido con absolver adecuadamente las observaciones formuladas puede solicitar la intervención de OSITRAN, y que en sentido estricto NEPTUNIA, ESTIBAS CALLAO ni COSMOS son postores al no haber formulado aún una propuesta, se considera que estas empresas son postores en tanto han adquirido las bases y se encontraban en capacidad de formular una propuesta en el momento en que solicitaron la intervención de OSITRAN.

B. El alcance de la intervención de OSITRAN.

42. Al respecto, debemos precisar que el segundo párrafo del artículo 88 del REMA delimita el alcance de la intervención del Regulador, en los siguientes términos:

"Artículo 88.- Consultas y Observaciones a las Bases.
(...)

Si la Entidad Prestadora no cumple con absolver adecuadamente las observaciones de los postores, cualquiera de ellos puede solicitar la intervención de OSITRAN, que actuará conforme a lo señalado en el Artículo 92. Para tal efecto, el o los postores que se consideren afectados, deberán notificar esta situación a OSITRAN en el plazo máximo de tres (3) días, contados desde la fecha de vencimiento del plazo de la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.

(...)

43. Como puede observarse del artículo precedentemente citado, para que pueda solicitarse la intervención de OSITRAN deben darse los siguientes supuestos:

(i) Cualquier postor puede solicitar la intervención de OSITRAN.

Lo cual implica que un postor podrá solicitar la intervención de OSITRAN, respecto de la absolución de observaciones efectuadas incluso por otros postores y no únicamente respecto de la absolución de sus observaciones.

(ii) La Entidad Prestadora no debe haber cumplido con absolver adecuadamente las observaciones de los postores.

Sobre el particular, consideramos que la determinación de si una observación ha sido o no "absuelta adecuadamente", deberá efectuarse al analizar cada situación concreta, ello sin perjuicio de que, cuando menos, la absolución de la

observación deberá tener en cuenta el marco y los términos en los cuales ha sido efectuada la observación por el postor. En ese sentido, en caso se determine que la Entidad Prestadora no absolvió adecuadamente la observación, OSITRAN deberá ejercer las facultades señaladas en el artículo 92º del REMA

44. En consecuencia, en base a los criterios descritos precedentemente es que analizaremos cada una de las solicitudes de intervención efectuadas.

C. Procedencia de las solicitudes de intervención formuladas.

45. En la presente sección se procede a analizar las solicitudes de intervención formuladas por NEPTUNIA, ESTIBAS CALLAO y COSMOS, respecto de cada una de las preguntas que consideran que no han sido adecuadamente atendidas. La consulta formulada por cada una de las empresas así como las respuestas emitidas por ENAPU consideradas para el análisis a realizarse en la presente sección serán aquellas contenidas en el documento denominado "Absolución de Consultas y Observaciones a las Bases y Proyecto de Contrato de la Subasta Pública de Acceso N° 001/2009 ENAPU S.A" (en adelante, la Absolución de Consultas), remitido por ENAPU a este Supervisor mediante el Oficio N° 877-2009 ENAPU S.S./GG, de fecha 13 de agosto de 2009.

C.1. Solicitud de Intervención formulada por Estibas Callao S.A.C.

46. En la comunicación de fecha 18 de agosto del año en curso remitida a OSITRAN, mediante la cual solicita la intervención de este Regulador, ESTIBAS CALLAO señala que la pregunta N° 2 formulada por ella no ha sido adecuadamente absuelta por parte de ENAPU. En la referida comunicación, ESTIBAS CALLAO solicita al Regulador que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93º del REMA, y en razón a la ausencia de condiciones competitivas en el mercado, el acceso pueda brindarse de manera exclusiva a la empresa que cobre la menor tarifa por el servicio a prestar.
47. Al respecto, en el documento denominado Absolución de Consultas se puede apreciar lo siguiente con relación a la pregunta N° 2 formulada por ESTIBAS CALLAO a ENAPU S.A. y la respuesta de esta Entidad Prestadora:

"ESTIBAS CALLAO S.A.C.

2. NÚMERO DE ADJUDICATARIOS

El numeral 7 de las Bases establece que la subasta tiene por objeto seleccionar a los tres usuarios intermedios en cumplimiento de los establecido en el artículo 85º del REMA.

Si bien el REMA establece que la subasta debe convocarse para otorgar acceso al mayor número de solicitantes, el REMA también permite la posibilidad de otorgar exclusividad en aquellos casos en los que resulte razonable.

En este caso, dado el breve plazo, nuestra empresa solicitó que se le otorgue el acceso para 3 fajas a fin de que se garantice un retorno adecuado de la inversión mediante la operación exclusiva de las tres fajas.

Atendiendo a lo señalado, ¿es posible que, en caso que se presente la mejor oferta, sea otorgado el acceso para nuestras tres fajas solicitadas?

RESPUESTA

No, el acceso se otorgará a tres (3) Usuarios Intermedios con una (1) faja cada uno, en estricta aplicación del Art. 85º del REMA.”

48. El artículo 85º del REMA, al cual hace referencia el Numeral 7 de las Bases, señala lo siguiente:

“Artículo 85.- Número de adjudicatarios de la buena pro.

La subasta deberá ser convocada de modo tal que se otorgue el Acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la infraestructura disponible.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto está sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

(El subrayado es nuestro)

49. En efecto, tal como lo señala el artículo antes citado, la subasta debe ser convocada de modo tal que se otorgue el Acceso al máximo número de solicitantes que sea posible, siempre y cuando ello conduzca a generar el mayor bienestar a los usuarios finales; no debe olvidarse que la finalidad del REMA contenida en su artículo 5º, es precisamente generar el mayor bienestar a los usuarios finales. En ese sentido, la situación natural es que el bienestar a los usuarios se genere a través de una competencia en el mercado entre los proveedores del servicio, siempre y cuando la competencia en el mercado sea factible y deseable.
50. Un caso en el cual la competencia en el mercado no es factible es aquella situación en la cual la infraestructura tiene tales características que la prestación de servicios sólo puede ser realizado por una sola empresa, en cuyo caso, de acuerdo al artículo 58º del REMA que establece que cuando la disponibilidad de infraestructura no permita atender el número de solicitudes recibidas, el Acceso a la Facilidad Esencial se realizará mediante subasta cuando más de una empresa solicite el Acceso; es decir, se realizaría una competencia por el mercado (*competencia ex ante*).
51. Respecto de la situación antes planteada, cabe señalar que para cumplir con la finalidad de generar el mayor bienestar a los usuarios finales establecida en el REMA, lo recomendable sería que el factor de competencia de la subasta sea la menor tarifa al

usuario final, lo que permitiría acercarse al resultado en un entorno competitivo siempre que haya un número suficiente de postores que compitan activamente por el mercado.

52. Una situación intermedia a la antes descrita es aquella en la que la competencia en el mercado es factible y deseable pero que la capacidad de la infraestructura no es suficiente para tender el número de solicitudes recibidas. En este caso, como lo establece el 58° del REMA, el Acceso a la Facilidad Esencial se realizará mediante subasta, y entre quienes logren el acceso se dará la competencia en el mercado.
53. Finalmente, puede darse el caso en que la competencia sea factible pero no deseable, en el sentido que no permita generar el mayor bienestar a los usuarios finales. Un ejemplo de una situación de este tipo es aquella en la cual, si existe más de una empresa en el mercado, el costo medio de las empresas que prestan el servicio será mayor que el comparado con aquel costo medio en caso sea una única empresa que presta dicho servicio. En este caso, lo recomendable sería también una subasta; es decir, se realizaría una competencia por el mercado (*competencia ex ante*), y siendo lo recomendable que el factor de competencia sea la menor tarifa al usuario final, lo que permitiría acercarse al resultado en un entorno competitivo siempre que haya un número suficiente de postores que compitan activamente por el mercado.
54. Con relación a la consulta formulada por ESTIBAS CALLAO, respecto de si es posible sea otorgado el acceso para sus tres fajas, en caso que se presente la mejor oferta, y la respuesta formulada por ENAPU en el sentido que el acceso se otorgará a tres (3) Usuarios Intermedios con una (1) faja cada uno en estricta aplicación del Art. 85° del REMA, debe señalarse que ESTIBAS CALLAO no ha argumentado que en el caso de la presente subasta se configure una situación en la cual la competencia no es deseable, por lo que la situación natural sería que se realice una competencia en el mercado, lo cual sólo sería posible en tanto exista más de una empresa proveedora del servicio de embarque de minerales.
55. En adición a lo anterior, y con relación al argumento expresado por ESTIBAS CALLAO que señala que solicita se le otorgue el acceso para 3 fajas a fin de que se garantice un retorno adecuado de la inversión mediante la operación exclusiva de las tres fajas, cabe señalar que corresponde a cada postor (o potencial postor en este caso) evaluar la conveniencia o no de presentar una propuesta y los términos en que se realizará la misma de acuerdo a las condiciones establecidas en las Bases, para lo cual debe tener en cuenta el retorno que espera obtener por su inversión.
56. En ese sentido, si las condiciones establecidas por la Entidad que convoca la subasta son tales que no permiten un adecuado retorno de la inversión, la convocatoria devendría en desierta, por lo que la Entidad Prestadora tendría que evaluar la necesidad de realizar una nueva convocatoria en términos distintos a los cuales se realizó la subasta; en su defecto, en caso la convocatoria no resultara desierta y se obtengan propuestas de postores significaría que las condiciones de la convocatoria permiten un adecuado retorno de la inversión.

57. Finalmente, en cuanto a la alusión al artículo 93º hecho por ESTIBAS CALLAO, en razón del cual en ausencia de condiciones competitivas en el mercado, el acceso pueda brindarse de manera exclusiva a la empresa que cobre la menor tarifa por el servicio a prestar, debemos señalar que dicho artículo hace alusión al procedimiento de impugnación de la buena pro, por lo que no resulta aplicable al presente caso.

C.2. Solicitud de Intervención formulada por Cosmos Agencia Marítima S.A.C.

58. A través de la comunicación de fecha 18 de agosto de 2009 remitida a OSITRAN, mediante la cual solicita la intervención de este Regulador, COSMOS ha señalado que no han sido adecuadamente atendidas las preguntas Nº 1 y 2 que formulara a ENAPU. Con relación a la pregunta Nº 1 señala que el literal d del artículo 8 del REMA señala que *"al evaluar el acceso se considera la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de los retornos adecuados de la inversión"*. De acuerdo a ello, Cosmos considera fundamental se reduzcan las condiciones de incertidumbre en relación al plazo mediante una indagación del avance de los proyectos que podrían afectar la ejecución de los contratos que se celebren como resultado de la subasta.
59. Con relación a la pregunta Nº 1 formulada por COSMOS y la respuesta de ENAPU S.A., en el documento denominado Absolución de Consultas se puede apreciar lo siguiente:

"COSMOS AGENCIA MARITIMA S.A.C.

1. Incertidumbre del plazo: *El numeral 16 de las bases señala que el contrato de acceso será por tres años, los mismos que podrán ser renovados. Teniendo en cuenta que la variable plazo es fundamental para la elaboración de las ofertas económicas de los postores y que por lo tanto es necesario reducir la incertidumbre en relación con el plazo del contrato de acceso, ¿La Comisión podría formular, de manera Oficial una consulta tanto a la Autoridad Portuaria Nacional como a PROINVERSIÓN sobre el estado actual de las Iniciativas Privadas presentadas correspondientes a la Modernización del Muelle Norte y al muelle de minerales a ser implementado en la parte Norte del Terminal Portuario del Callao?*

RESPUESTA

La Comisión Especial ha sido nombrada para llevar a cabo la Subasta Pública de Acceso Nº 001-2009 ENAPU S.A., relacionada con el Acceso de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles para el embarque de concentrados de mineral en el Terminal Portuario del Callao, en este sentido lo indicado por el interesado no es competencia de ENAPU S.A. ni de esta Comisión Especial."

60. Como se puede apreciar a partir de lo antes citado, la pregunta N° 1 formulada por COSMOS se refiere a si la Comisión¹ podría formular, de manera oficial una consulta tanto a la Autoridad Portuaria Nacional como a PROINVERSIÓN sobre el estado actual de las Iniciativas Privadas presentadas correspondientes a la Modernización del Muelle Norte y al muelle de minerales a ser implementado en la parte Norte del Terminal Portuario del Callao; ello, con la finalidad de reducir la incertidumbre en relación con el Contrato de Acceso toda vez que la variable plazo es fundamental para la elaboración de las ofertas económicas de los postores.
61. La respuesta formulada a la pregunta N° 1 planteada por COSMOS señala que no es competencia de ENAPU S.A. ni de la Comisión Especial lo solicitado por el interesado; es decir, no es de su competencia formular las consultadas planteadas por COSMOS. En efecto, corresponde a cada postor realizar las indagaciones que considere necesarias para evaluar la conveniencia o no de presentar una propuesta y los términos en que se realizará la misma de acuerdo a las condiciones establecidas en las Bases. La identificación de los riesgos y el manejo de los mismos es algo que le corresponde a cada postor, para lo cual deberá evaluar la información que este a su alcance y los estudios que pueda realizar para formular propuesta.
62. Adicionalmente, en cuanto al literal d del artículo 8 del REMA aludido por COSMOS, indicando que al evaluar el acceso se considera la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso así como la obtención de los retornos adecuados de la inversión, dicho literal es de aplicación a las inversiones que realiza la Entidad Prestadora, en tanto se refiere al balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de infraestructura. Al respecto, el literal d del artículo 8 del REMA señala lo siguiente:

"Artículo 8º.- Principios aplicables.

(...)

d) Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada.

El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión."

63. En cuanto a la pregunta N° 2 planteada por COSMOS, dicha empresa en su solicitud señala que la respuesta de ENAPU S.A. no es satisfactoria en la medida que traslada a los postores el riesgo de que su inversión se convierta en irrecuperable, no siendo aplicables el caso fortuito o de fuerza mayor porque para que ello ocurra los eventos

¹ Se refiere a la Comisión Especial de ENAPU S.A., para la Subasta Pública de Acceso N° 001/2009 ENAPU S.A.

tendrían que ser impredecibles; por tal razón, consideran que además de las consultas que deben hacer a las autoridades encargadas de las planificación y ejecución de los Proyectos (PROINVERSIÓN, APN y MTC) debe contarse con una garantía que compense a los inversionistas privados por la interrupción del plazo en base al cual elaboraron sus propuestas.

64. La pregunta N° 2 formulada por COSMOS y la respuesta de ENAPU S.A., fueron realizadas en los siguientes términos:

"COSMOS AGENCIA MARITIMA S.A.C.

(...)

2. En caso de que la implementación de estos proyectos se realice dentro de los tres años en los cuales se otorgará el acceso a las fajas móviles: ¿La Comisión podría establecer que el contrato de acceso establezca cláusulas que permitan una compensación a favor del solicitante que resulte perjudicado por la interrupción u afectación de sus operaciones debido a la implementación de las iniciativas señaladas?

RESPUESTA

De acuerdo a los mecanismos de análisis de inversión los interesados deberán realizar su propia evaluación de conveniencia de presentar su propuesta y de proseguir en el proceso bajo las reglas establecidas en las Bases. En ese sentido, el Contrato de Acceso no establecerá cláusulas de compensación alguna. El proyecto de Contrato adjunto a las Bases contempla las situaciones generadas por casos fortuitos o de fuerza mayor."

65. Como se puede apreciar, la respuesta formulada por ENAPU S.A. señala que los interesados deberán realizar su propia evaluación de conveniencia de presentar su propuesta y de proseguir en el proceso bajo las reglas establecidas en las Bases, está en línea con lo señalado por este regulador en el numeral 56 del presente documento, en el sentido que cada postor debe evaluar la conveniencia o no de presentar una propuesta y los términos en que se realizará la misma de acuerdo a las condiciones establecidas en las Bases.

C.3. Solicitud de Intervención formulada por Neptunia S.A.

66. NEPTUNIA ha solicitado la intervención de OSITRAN mediante comunicación de fecha 18 de agosto del presente año, señalando que no han sido adecuadamente atendidas la pregunta N° 2 formulada por CORMÍN CALLAO S.A.C. (en adelante, CORMÍN), y las preguntas N° 1, 2 y 16 formuladas por la propia NEPTUNIA.

67. La pregunta N° 2 de CORMÍN y la respuesta formulada por ENAPU S.A. han sido realizadas en los siguiente términos, de acuerdo al contenido de la Absolución de Consultas remitido por ENAPU S.A.:

2. Numeral 7. Adjudicatarios.

*ENAPU tiene la obligación de promover el bienestar de los usuarios finales por la **vía de una mayor competencia**, obligación que cobra mayor relevancia cuando existen restricciones de espacio y, como consecuencia de ello, el número de agentes que pueden acceder es limitado, debiendo implementarse un mecanismo de acceso como la subasta.*

Para garantizar el cumplimiento de tal obligación, las normas de acceso obligan a ENAPU a establecer reglas que promueven mayor competencia, que den acceso al mayor número de competidores posibles y que garanticen que dicho acceso se dé en condiciones equitativas para todos los postores, tal como lo señala el artículo 78° del REMA:

"Artículo 78.- Criterios para elaborar las Bases.

*Las entidades Prestadoras deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, **garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores"** [resultado agregado].*

*Es más, como bien lo ha reconocido en las Bases, ENAPU se encuentra obligada no solo a garantizar el mayor número de participantes en la subasta, sino además debe **otorgar** el acceso al máximo número de solicitantes que sea posible acorde con la infraestructura disponible. Esto se encuentra recogido en el artículo 85° del REMA.*

Dado que el objeto de esta subasta es seleccionar a tres Usuarios Intermedios (uno por faja), salvaguardando el cumplimiento de la finalidad mencionada en los párrafos precedentes, consideramos necesario limitar la participación como postores de más de una empresa vinculada, restricción que se encuentra contemplada en el artículo 81° del REMA. Ello con el objeto de evitar que, por vía indirecta, un mismo grupo económico tenga acceso al Puerto para instalar más de una faja. Es decir, para evitar que por esa vía se lleve a ENAPU a incumplir con la obligación que le impone el REMA relativa a garantizar el acceso al mayor número de Usuarios Intermedios que sea posible.

A efectos de garantizar que esto se cumpla, sugerimos que se incorpore a las Bases como parte de la Propuesta Técnica, la presentación de una declaración jurada en la cual cada postor acredite que no guarda vinculación con algún otro postor que participa en la subasta.

RESPUESTA

Aceptada la sugerencia, los postores de conformidad con el literal c) del Artículo 81º del REMA deberán presentar una declaración jurada en el Primer Sobre – Propuesta Técnica de la Subasta, que indique que no tienen ninguna vinculación con otras empresas que se presentan a la Subasta Pública de Acceso N° 001-2009 ENAPU S.A., ni pertenecen a un mismo grupo económico.

68. Como se puede apreciar a partir del texto antes citado, CORMÍN sugirió a ENAPU S.A. que se incorpore a las Bases como parte de la propuesta técnica la presentación de una declaración jurada en la que cada postor acredite que no guarda vinculación con cualquier otro postor a la subasta con la finalidad que vía indirecta un mismo grupo económico tenga acceso para instalar más de una faja y evitar el acceso al mayor número de competidores que sea posible, y con ello que por la vía de la mayor competencia se promueva el bienestar de los usuarios finales.
69. Dicha propuesta planteada por CORMÍN fue recogida por ENAPU S.A., como se puede apreciar en la respuesta, indicando que los postores deberán presentar una declaración jurada en el sobre que contenga la Propuesta Técnica, indicando que no tienen ninguna vinculación con otras empresas que se presentan a la Subasta Pública de Acceso, ni pertenecen a un mismo grupo económico.

En virtud de lo señalado en el numeral precedente, el cuestionamiento planteado por NEPTUNIA a la absolución de la pregunta N° 2 planteada por CORMÍN sólo podría referirse a los argumentos sobre la base de los cuales se fundamenta su propuesta de declaración jurada de no vinculación planteada a ENAPU, o en su defecto en los términos en los cuales ENAPU S.A. recoge la propuesta planteada por CORMÍN.

70. Con relación a los argumentos planteados por NEPTUNIA, por lo cuales considera que la pregunta N° 2 formulada por CORMÍN no ha sido adecuadamente atendida, entre otros, dicha empresa señala los siguientes:
- Cuando el REMA se refiere a otorgar el acceso al mayor número posible de competidores, debe darse en el contexto de alcanzar la finalidad del procedimiento de acceso y del cumplimiento de los principios recogidos en el REMA, indicando que si ENAPU S.A. hubiera tomado en cuenta el principio de eficiencia recogido en el artículo 8º, habría realizado el análisis que le hubiera permitido escoger la modalidad de subasta más adecuada, determinando el número de operadores y el factor de competencia más adecuados para otorgar el acceso.
 - Para determinar si las condiciones de acceso establecidas en las Bases permiten la prestación del servicio solicitado en términos eficientes, es necesario conocer previamente los fundamentos económicos del mercado. Si nos encontramos frente a un monopolio natural, la modalidad de acceso más eficiente será otorgar el acceso a un sólo operador, el que ofrezca la menor

tarifa al usuario final; de lo contrario, el acceso deberá ser otorgado al mayor número posible de operadores.

- NEPTUNIA señala que ante la omisión por parte de ENAPU S.A. del análisis antes señalado, contrató a un consultor para evaluar los aspectos más importantes de la industria así como la modalidad de la subasta propuesta por ENAPU S.A., el cual concluye que el servicio de fajas herméticas constituye un monopolio natural, por lo que la alternativa más eficiente consiste en otorgar el acceso a un único operador que ofrezca la menor tarifa final en una subasta en la cual el factor de competencia debe ser la menor tarifa ofrecida al usuario final, el operador instalaría y operaría dos fajas y el cargo de acceso debe ser previamente fijado a un nivel que permita recuperar los costos de inversión y mantenimiento a la Entidad Prestadora.

71. Como se puede apreciar a partir de lo señalado en el párrafo anterior, ninguno de los argumentos planteados por NEPTUNIA por los cuales considera que la pregunta N° 2 formulada por CORMÍN no ha sido adecuadamente atendida, se refieren a los argumentos sobre la base de los cuales CORMÍN fundamenta su propuesta de declaración jurada de no vinculación planteada a ENAPU, ni en los términos en los cuales ENAPU recoge la propuesta planteada por CORMÍN; por ello, no se puede considerar que la respuesta de ENAPU S.A. a la pregunta N° 2 formulada por CORMÍN no haya sido adecuadamente atendida.

72. Con relación a la pregunta N° 1 y 2, formuladas por Neptunia, esta empresa plantea los siguientes argumentos por los que considera que dichas preguntas no han sido adecuadamente atendidas por parte de ENAPU², :

- De acuerdo al artículo 5° del REMA, la principal finalidad del acceso es incrementar el bienestar de los usuarios, ya sea por la vía de mayor competencia, o a través de la utilización de mecanismos de mercado (negociación directa o subasta) mediante los cuales se obtengan resultados similares a los de competencia.
- Cuando el REMA se refiere a otorgar el acceso al mayor número posible, no se está refiriendo, como parece haber interpretado ENAPU S.A. a la simple posibilidad física del acceso, sino que esta posibilidad debe darse en el contexto de alcanzar la finalidad del procedimiento de acceso y del cumplimiento de los principios recogidos en el REMA. Una interpretación distinta, como la realizada por ENAPU S.A. según NEPTUNIA, puede llevar a contravenir la finalidad y principios establecidos en el REMA.
- Para determinar su las condiciones de acceso establecidas en las Bases permiten la prestación del servicio solicitado en términos eficientes, es necesario conocer previamente los fundamentos económicos del mercado. Si nos encontramos frente a un monopolio natural, la modalidad de acceso más eficiente será otorgar el acceso a un sólo operador, el que ofrezca la menor

² Estos argumentos son similares a los que sustentan el cuestionamiento de Neptunia a la respuesta de ENAPU a la pregunta N° 2 planteada por Cormín.

tarifa al usuario final; de lo contrario, el acceso deberá ser otorgado al mayor número posible de operadores.

- NEPTUNIA señala que ante la omisión por parte de ENAPU S.A. del análisis antes señalado, contrató a un consultor para evaluar los aspectos más importantes de la industria así como la modalidad de la subasta propuesta por ENAPU S.A., el cual concluye que el servicio de fajas herméticas constituye un monopolio natural, por lo que la alternativa más eficiente consiste en otorgar el acceso a un único operador que ofrezca la menor tarifa final en una subasta en la cual el factor de competencia debe ser la menor tarifa ofrecida al usuario final, el operador instalaría y operaría dos fajas y el cargo de acceso debe ser previamente fijado a un nivel que permita recuperar los costos de inversión y mantenimiento a la Entidad Prestadora.

73. El texto de la Absolución de Consultas remitido por ENAPU S.A., con relación a las preguntas N° 1 y 2, y la respuesta de ENAPU S.A. a tales preguntas es el siguiente:

NEPTUNIA

1. Acceso exclusivo: El numeral III de la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009-CD-OSITRAN, del 28 de enero de 2009, que es la norma por la cual se realizó la última modificación al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (REMA), señala en su tercer párrafo que ante la ausencia de infraestructura y de incentivos insuficientes es razonable que la infraestructura se asigne bajo condiciones de exclusividad con el fin de introducir incentivos a través de una subasta.

Teniendo en cuenta que el plazo por el cual se otorgará el acceso es de tres años, lo que resulta insuficiente para que tres empresas distintas puedan recuperar las inversiones que realicen, ¿La Comisión Especial podría disponer que el acceso a la infraestructura se realice mediante una competencia ex ante que otorgue la exclusividad al operador que formule una menor tarifa por la prestación de servicios? Una subasta de este tipo favorece la competitividad y el bienestar en la medida que es una garantía de reducción de tarifas a los usuarios finales y a su vez de la recuperación de las inversiones de los solicitantes, lo que está de acuerdo con los principios establecidos por el REMA (artículo 8 literales d y e), especialmente si tenemos en cuenta la brevedad del plazo por el que se otorga el acceso (3 años). De no ser así, ¿existe la posibilidad que se pudiesen otorgar las 3 a un solo operador siempre que éste haga la mejor propuesta?

RESPUESTA ENAPU

La interpretación dada al numeral III de la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009 CD-OSITRAN no es precisa ya que ésta se refiere a la inversión privada en infraestructura portuaria que puede darse bajo condiciones de exclusividad y monoproyector, en el que no es aplicable el REMA.

En el caso que nos ocupa, la infraestructura ya existe y se solicita acceso para brindar el servicio de embarque de concentrados de mineral y en el que es aplicable el REMA; por tanto en estricta aplicación del Art. 85° del REMA no se puede otorgar exclusividad en la Subasta.

En tal sentido, no existe posibilidad de otorgar el acceso de tres (3) fajas a un solo operador.

NEPTUNIA

2. El plazo es de 3 años de operación y las condiciones técnicas exigidas (altos niveles de inversión) de la subasta no guarda relación con el periodo de recuperación del proyecto. En esta situación y por un tema de economías de escala se solicita la evaluación de un sistema monoperador de las fajas o por lo menos de dos de ellas. Consideramos que de no ser así, se estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 84 del REMA de OSITRAN, que prohíbe que las bases contravengan principios establecidos en el REMA (específicamente los literales d y e del artículo 8).

RESPUESTA ENAPU

La Comisión en estricta aplicación del Art. 85° del REMA y con la finalidad de generar la competencia que beneficie a los exportadores de concentrados de mineral, brindará el acceso a tres (3) usuarios intermedios, no contraviniendo ningún artículo establecido en el REMA.

74. Como se puede apreciar, con relación a la pregunta N° 1, NEPTUNIA consulta a la Comisión Especial si podría disponer que el acceso a la infraestructura se realice mediante una competencia ex ante que otorgue la exclusividad al operador que formule una menor tarifa por la prestación de servicios, teniendo en cuenta que el plazo por el cual se otorgará el acceso es de tres años, lo que en su consideración resulta insuficiente para que tres empresas distintas puedan recuperar las inversiones que realicen y que el numeral III de la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2009-CD-OSITRAN³, señala que ante la ausencia de infraestructura y de incentivos insuficientes es razonable que la infraestructura se asigne bajo condiciones de exclusividad con el fin de introducir incentivos a través de una subasta.
75. Con relación a la misma pregunta, NEPTUNIA señala que una subasta del tipo que plantea favorece la competitividad y el bienestar en la medida que es una garantía de reducción de tarifas a los usuarios finales y, a su vez, de la recuperación de las inversiones de los solicitantes, lo que está en concordancia con los principios establecidos por el REMA, especialmente si se tienen en cuenta la brevedad del plazo por el que se otorga el acceso (3 años). De no ser así, ¿existe la posibilidad que se pudiesen otorgar las 3 a un solo operador siempre que éste haga la mejor propuesta?

³ En realidad es el segundo párrafo del numeral II de la Exposición de Motivos de la referida Resolución.

76. Como se puede apreciar, ninguno de los argumentos por los cuales NEPTUNIA cuestiona la respuesta de ENAPU se relacionan con aquellos planteados ante ENAPU al momento de formular la consulta. En cuanto a la solicitud que se otorgue la exclusividad al operador que formule una menor tarifa por la prestación de servicios, es importante señalar que al momento de formular su consulta a ENAPU no ha sustentado que la competencia no es deseable y que por tanto se justifica diferir de la situación natural de competencia en el mercado entre los proveedores del servicio a través de la cual se consigue el bienestar de los usuarios⁴.
77. En la pregunta 2 planteada a ENAPU S.A., NEPTUNIA solicita la evaluación de un sistema monopropietario de las fajas o por lo menos de dos de ellas, debido a que el plazo es de 3 años de operación y las condiciones técnicas exigidas (altos niveles de inversión) de la subasta no guarda relación con el periodo de recuperación del proyecto. Como se indicara en el párrafo anterior, para que se otorgue el acceso a un único operador tendría que sustentarse que la competencia no es deseable, argumento que no ha sido planteado por NEPTUNIA al momento de formular la pregunta ENAPU.
78. En cuanto al argumento que el plazo de 3 años de operación y las condiciones técnicas exigidas (altos niveles de inversión) de la subasta no guarda relación con el periodo de recuperación del proyecto, como se señalara en el numeral 56 del presente documento, corresponde a cada postor evaluar la conveniencia o no de presentar una propuesta y los términos en que se realizará la misma de acuerdo a las condiciones establecidas en las Bases, para lo cual debe tener en cuenta el retorno que espera obtener por su inversión.
79. Con relación a la pregunta N° 16 que planteara a ENAPU, Neptunia solicita a OSITRAN que realice las coordinaciones necesarias para que la Comisión especial elimine la mención a "camiones" del texto de la cláusula cuarta del Contrato que forma parte de las Bases, ya que de esta manera se le estaría exigiendo al ganador de la subasta la adquisición de camiones y equipos para el traslado de mineral desde los almacenes. Con relación a dicha pregunta y la respuesta formulada por ENAPU, la Absolución de Consultas señala lo siguiente:
- 16. De acuerdo al numeral 2 de las Bases, el objeto de la subasta procedimiento de acceso es seleccionar a los usuarios intermedios que proveerán el servicio de embarque de concentrado de minerales a través de las fajas transportadoras herméticas móviles de acuerdo con el Decreto Supremo 015-2008 MTC y sus modificatorias. Si bien el mencionado Decreto Supremo, establece que los Vehículos de Transporte Terrestre deben reunir las características técnicas generales y específicas que establece el Decreto Supremo N° 058-2003-MTC - Reglamento Nacional de Vehículos y sus normas complementarias o modificatorias y la Ley N° 28256 - Ley que regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos y su Reglamento, y que el traslado desde el almacén hacia la Faja Transportadora Hermética o viceversa, debe hacerse a*

⁴ Ver numerales 50 y 54 del presente documento.

través de un vehículo de transporte terrestre que debe reunir las características técnicas generales señaladas, no establece que dichas unidades deben ser de propiedad del usuario intermedio que prestará el servicio de embarque de minerales como resultado de la subasta. Sin embargo, la cláusula Cuarta del Contrato de acceso, parecería obligar al ganador de la subasta a adquirir el equipamiento necesario para asegurar el traslado de los concentrados desde el depósito, lo que incluiría la adquisición de camiones y otros equipos.

Pregunta:

Teniendo en cuenta que el D.S. N° 015-2008-MTC no establece la obligación del servicio de embarque de minerales no debe ser prestado de manera integrada desde el almacén, sino que el traslado de los concentrados cumpla con requisitos ambientales, es necesario que la Comisión Especial elimine del texto de la Cláusula Cuarta del Contrato que forma parte de las bases, la mención a camiones, pues, de otro modo se entendería que se le estaría exigiendo al ganador de la subasta la adquisición de camiones y equipos para el traslado del mineral de los almacenes. De ser así, esta exigencia constituiría una operación integrada que el D.S. N° 015-2008-MTC no prevé.

RESPUESTA

No se exige camiones nuevos sino que el equipamiento complementario a la faja cumpla con lo establecido en el D.S. N° 015-2008-MTC.

80. Como se puede apreciar, en la consulta formulada a ENAPU S.A., NEPTUNIA solicita la elimine la mención a "camiones" el texto de la cláusula cuarta del Contrato que forma parte de las Bases pues parecería que se le exige al ganador de la subasta la adquisición de camiones y equipos para el traslado de mineral desde los almacenes. Al respecto, cabe señalar que la respuesta de ENAPU es clara en el sentido que no se exige la adquisición de camiones nuevos, sino que el equipamiento complementario a la faja cumpla con el D.S. N° 015-2008-MTC. Sin embargo, sería recomendable que la respuesta de ENAPU precise si los equipos tienen que ser de propiedad de la empresa o puede ser provistos por terceros, bajo responsabilidad de esta.

POR LO EXPUESTO y en virtud de las funciones previstas en el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Literal "p)" del Numeral 7.1 del Artículo 7° de la 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, en el Artículo 32° y en el Literal "a)" del Artículo 58° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que respecto de las solicitudes de intervención efectuadas a OSITRAN por Neptunia S.A., Estibas Callao S.A.C. y Cosmos Agencia Marítima S.A.C., este regulador considera que la pregunta N° 2 formulada por Estibas Callao S.A.C., las preguntas N° 1 y 2 formuladas por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., la pregunta N° 2 formulada por Cormin Callao S.A.C., y las preguntas N° 1 y 2 formuladas por Neptunia S.A. a ENAPU S.A., con relación al proceso de subasta N° 001/2009 ENAPU S.A. para el acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el Amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao, han sido adecuadamente absueltas.

SEGUNDO.- Declarar que con relación a la pregunta N° 16 que Neptunia S.A. formulara a ENAPU S.A., respecto de la cual dicha empresa ha solicitado la intervención de OSITRAN, consideramos que la absolución efectuada por ENAPU S.A. debe ser precisada en el sentido de si los equipos (camiones) tienen que ser de propiedad de la empresa o pueden ser provistos por terceros, bajo responsabilidad de ésta.

TERCERO.- Notificar la presente Resolución a ENAPU S.A. y a todas las empresas participantes del proceso de subasta N° 001/2009 ENAPU S.A. para el acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao.

CUARTO.- Autorizar la difusión de la presente Resolución, así como del Informe de vistos, en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General