

No.050-2009/TISUR/GG

Lima, 27 de abril del 2009

OSITRAN	
MESA DE PARTES	
28 ABR 2009	
2603	
Firma: _____	Hora: 2:00

Señores

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

Presente.-

Atn. : Sr. Lincoln Flor Rojas – Gerente de Regulación

Asunto: Adjunta Informe legal que sustenta la desregulación de la tarifa por el servicio de uso de muelle para carga granel sólido (embarque de concentrados de mineral) aplicada a la SMCV en la Propuesta de Revisión de Tarifas del Terminal Portuario de Matarani.

Ref. : Resolución N° 062-2008-CD-OSITRAN

Estimados Señores:

Adjunta a la presente les enviamos el informe Legal elaborado por el Dr. Alfredo Bullard en relación a aspectos que han sido previamente formulados por nosotros y nuestros asesores de Macroconsult S.A en relación a las condiciones de competencia señaladas en el segundo proceso de revisión de tarifas máximas del Terminal Portuario de Matarani (TPM) que se encuentra en curso.

En particular les señalamos lo siguiente:

- (1) Tal como se sustentó en la propuesta tarifaria elaborada por Macroconsult S.A a pedido de Tisur, se debe considerar que las operaciones realizadas entre TPM y Sociedad Minera Cerro Verde (SCMV) deben ser entendidas como un reflejo de competencia potencial ex - ante entre un operador minero que dispuso de poder compensatorio para establecer condiciones de negociación con TPM de forma tal que reflejan las posibles ganancias de eficiencia para ambas partes.
- (2) De esta manera el contrato TAKE OR PAY suscrito entre TPM y SCMV refleja un resultado eficiente en términos económicos para la prestación de servicios portuarios y por tanto no requiere ser sujeto a regulación.

- (3) Existe sustento legal para justificar la desregulación de la tarifa por el servicio de uso de muelle para carga granel sólido (embarque de concentrados de mineral) aplicada a la SMCV. En efecto, uno de los principios que rige la operación del sistema tarifario de infraestructura de uso público por parte de OSITRAN es la inexistencia de competencia respecto del servicio en cuestión. La existencia de competencia constituye un límite a facultad de fijar tarifas por parte de OSITRAN. Si OSITRAN verificara la existencia de competencia respecto de un servicio determinado deberá, por aplicación de la misma norma, desregular la tarifa aplicable a dicho servicio. Esta norma ha sido recogida en el Contrato de Concesión del TPM que establece expresamente la obligación del OSITRAN de desregular las tarifas brindadas en una situación de competencia.
- (4) En ese sentido, debe acreditarse que SMCV y TISUR negociaron la prestación de dicho servicio en condiciones de mercado, esto es, en una situación donde SMCV contaba con opciones o alternativas razonables a contratar con TISUR para sustituir el servicio, la tarifa debe ser desregulada. La opción de SMCV de integrarse verticalmente o de recibir el servicio de un tercero que haga la inversión, si es físicamente viable y económicamente atractiva, puede ser considerada una competencia efectiva y actual que disciplinó el poder de mercado del operador portuario.
- (5) Desarrollando con mayor sustento por qué los volúmenes de carga de SMCV hubieran implicado una amortización de la inversión de construir un puerto propio o amortizar la inversión de un tercero que decidiera construir un puerto para brindar servicios a SMCV. OSITRAN debe poder apreciar con claridad por qué la opción era económicamente viable y atractiva como alternativa a contratar con TISUR, lo que haría que esta competencia aparezca como una competencia efectiva y actual, y no como una competencia "virtual". Ello se reforzaría aún más si pudiera demostrarse que los costos administrativos y de coordinación que debería enfrentar SMCV para integrarse verticalmente eran suficientemente bajos como para no superar de manera importante los costos de transacción de celebrar un contrato con TISUR.
- (6) A nuestro criterio, OSITRAN tiene la obligación legal y contractual de revisar las condiciones de competencia como parte del proceso de revisión de tarifas iniciado por Resolución 062-2008-CD-OSITRAN. Esta obligación se deriva tanto del procedimiento previsto en el Contrato de Concesión del TPM como en la propia regulación.

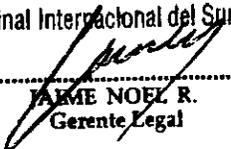
- (7) Sin perjuicio de lo anterior, ante la posibilidad de que OSITRAN interprete que no se encuentra facultado para desregular una tarifa en un proceso de revisión de tarifas y decida encausar el procedimiento iniciando uno de desregulación en la misma fecha que aprueba el factor de productividad (x), se recomienda iniciar paralelamente un proceso de desregulación a pedido de parte, y solicitar la acumulación de dicho proceso con el procedimiento de revisión de tarifas.
- (8) Finalmente, debe dejarse a las inversiones y tráfico de SMCV fuera del cálculo del factor X. La inclusión de las inversiones y tráfico de SMCV en el cálculo del factor X, no resultaría consistente con la lógica del mecanismo RPI-X, tal y como se encuentra contemplado en la regulación, pues no hay espacio para lograr en el corto plazo mayores eficiencias, objetivo perseguido por la aplicación del mecanismo. En ese sentido, su inclusión podría tener un efecto expropiatorio, pues significa que se estaría exigiendo a TISUR alcanzar un nivel de ganancias de eficiencia que en los hechos no es posible lograr.

Como usted podrá apreciar en el informe adjunto el análisis realizado por el Dr. Alfredo Bullard refuerza nuestra posición argumentada oportunamente en el informe de propuesta tarifarias presentada por Tisur a Ositran con expediente No.019-2009/TISUR/GG en fecha 23 de febrero del 2009

Agradeciendo su atención se despide,

Atentamente,

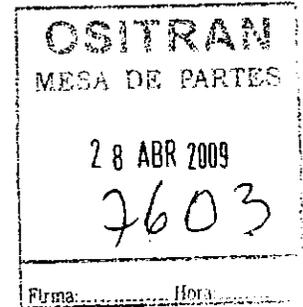
Terminal Internacional del Sur S.A.


.....
JAIME NOEL R.
Gerente Legal

Adj: Lo indicado

CARTA N° 241-2008-BFE/cf

Lima, 28 de abril de 2009



Señores
TISUR
Presente.-

Atención: Sr. Jaime Noel
Gerente Legal

Asunto: Desregulación de la tarifa correspondiente al servicio de uso de muelle para carga granel sólido que se brinda a la Sociedad Minera Cerro Verde

De nuestra consideración:

Se nos ha solicitado nuestra opinión sobre la propuesta planteada por TISUR a OSITRAN, en el marco del proceso de revisión de las tarifas aplicables a los servicios portuarios en el Terminal Portuario de Matarani (TPM), para que (i) se desregule la tarifa correspondiente al servicio de uso de muelle para carga granel sólido (embarque de concentrados de mineral) que se brinda a la Sociedad Minera Cerro Verde ("SMCV"); y (ii) si, incluso, pese a mantenerse regulada dicha tarifa, debe o no incluirse el Input y Output asociado a SMCV en el cálculo del Factor de Productividad que se realiza como parte de esta revisión tarifaria

Esta consulta tiene como antecedente el proceso de revisión de tarifas máximas de los servicios portuarios del TPM para el periodo 2009-2014 iniciado de oficio por OSITRAN mediante Resolución 062-2008-CD-OSITRAN.

Como parte de dicho proceso se revisaría la tarifa aplicable al servicio de uso de muelle para carga granel sólido (embarque de concentrados de mineral) que es actualmente una tarifa regulada para todos los usuarios. TISUR alega que debe distinguirse de esta regulación la tarifa aplicable a su Contrato de Locación de Servicios ("el Contrato") suscrito con SMCV pues éste habría sido resultado de una negociación en condiciones de competencia.

Para estos efectos se nos ha proporcionado copia de los siguientes documentos:

- (1) Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del TPM de fecha 17 de agosto de 1999 y sus respectivas Addendas;
- (2) Informe denominado "Monitoreo de Mercado del Terminal Portuario Matarani" elaborado por la Gerencia de Regulación del OSITRAN en el mes de diciembre de 2007;
- (3) Resolución 62-2008-CD-OSITRAN emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN con fecha 18 de diciembre de 2008 dando inicio al procedimiento de revisión tarifaria del TPM para el periodo 2009-2014;
- (4) Informe de Macroconsult de fecha febrero de 2009 que contiene la propuesta de TISUR para la Segunda Revisión de Tarifas Máximas del TPM;
- (5) Documento de Trabajo sobre la Segunda Revisión de Tarifas Máximas para el Terminal Portuario de Matarani (TPM) preparada por Macroconsult a pedido de Tisur en Marzo de 2009;
- (6) Contrato de Locación de Servicios suscrito entre TISUR y SMCV con fecha 31 de diciembre de 2004;
- (7) Borrador de Memorando de Entendimiento negociado entre TISUR y SMCV a efectos de la suscripción del Contrato de Locación de Servicios de fecha 31 de diciembre de 2004, que contiene controles de cambios que reflejan la negociación efectuada;

- (8) Carta remitida por Xtrata Copper a OSITRAN con fecha 20 de enero de 2009 informando de las conversaciones preliminares sostenidas con representantes de TISUR a efectos de analizar, entre otras alternativas portuarias, la posibilidad de contratar servicios de dicho terminal;
- (9) Resolución Suprema 005-2009-MTC mediante la cual se otorga a XTRATA PERU S.A. autorización temporal de uso de área acuática y franja ribereña;

Nuestro análisis y conclusiones se sustentan en la información que hemos recibido a la fecha, así como en nuestro entendimiento de la situación actual. Cualquier cambio en la información recibida o nueva información que se nos pueda brindar en el futuro, y que afecte nuestra comprensión de la situación, ameritaría un nuevo análisis así como una revisión de nuestras conclusiones.

Para dar respuesta a la consulta formulada, seguiremos el siguiente esquema de análisis:

1. **Sustento legal para la desregulación de la tarifa por parte de OSITRAN.**
 - 1.1 **La inexistencia de competencia como principio rector de la facultad de fijación tarifaria**
 - 1.2 **La inexistencia de competencia como un presupuesto en el esquema de fijación de tarifas previsto en el Contrato de Concesión**
 - 1.3 **La posibilidad de desregular un segmento de la demanda del servicio por alto volumen**
 - 1.4 **La integración vertical como competencia efectiva que disciplina el comportamiento del operador competidor**
2. **¿Ha existido competencia en el caso de SMCV?**
3. **Aspectos procesales**
4. **Cálculo del Factor de Productividad**

5. Conclusiones

Luego del análisis correspondiente, hemos concluido lo siguiente:

- (1) Existe sustento legal para justificar la desregulación de la tarifa por el servicio de uso de muelle para carga granel sólido (embarque de concentrados de mineral) aplicada a la SMCV. En efecto, uno de los principios que rige la operación del sistema tarifario de infraestructura de uso público por parte de OSITRAN es la inexistencia de competencia respecto del servicio en cuestión. La existencia de competencia constituye un límite a facultad de fijar tarifas por parte de OSITRAN. Si OSITRAN verificara la existencia de competencia respecto de un servicio determinado deberá, por aplicación de la misma norma, desregular la tarifa aplicable a dicho servicio. Esta norma ha sido recogida en el Contrato de Concesión del TPM que establece expresamente la obligación del OSITRAN de desregular las tarifas brindadas en una situación de competencia.
- (2) En ese sentido, de acreditarse que SMCV y TISUR negociaron la prestación de dicho servicio en condiciones de mercado, esto es, en una situación donde SMCV contaba con opciones o alternativas razonables a contratar con TISUR para sustituir el servicio, la tarifa debe ser desregulada. La opción de SMCV de integrarse verticalmente o de recibir el servicio de un tercero que haga la inversión, si es físicamente viable y económicamente atractiva, puede ser considerada una competencia efectiva y actual que disciplinó el poder de mercado del operador portuario, evitando que ejerza poder de mercado al fijar la tarifa.
- (3) Para que la autoridad pueda verificar la existencia de competencia, en los términos que ésta ha sido alegada, debe sustentarse que (a) SMCV contaba con al menos una alternativa viable (integrarse

verticalmente o recibir el servicio de un tercero que hiciera la inversión) para abastecerse de los servicios portuarios que le brinda TISUR y (b) que el contrato reflejó una negociación que se dio en condiciones competitivas. A nuestro criterio, de la información que hemos recibido de ustedes, existen elementos de juicio suficientes para comprobar que SMCV contaba con más de una alternativa viable de servicios portuarios alternativos (tanto de integrarse verticalmente como negociar con otros puertos existentes). Asimismo existen elementos de juicio que indican de que el contrato reflejó una negociación que se dio en condiciones competitivas. Esta conclusión se sustenta en los siguiente:

(a) Entendemos que habiendo SMCV realizado estudios para evaluar la viabilidad de puertos alternativos ello acredita la existencia de competencia. En dichos estudios quedó acreditado, según lo que nos han informado, tanto la posibilidad de negociar con otros operadores la utilización de sus servicios portuarios (Ej. El Puerto San Nicolás de Shoughan Hierro Perú S.A.) como de construir su propia infraestructura, siendo física y económicamente viable esta alternativa. El análisis efectuado por Macroconsult explica como es que los volúmenes de carga de SMCV hubieran implicado una amortización de la inversión de construir un puerto propio o la inversión de un tercero que decidiera construir un puerto para brindar servicios a SMCV. En ese sentido, SMCV contó con alternativas reales que son evidencia de un poder de negociación frente a Tisur, y que controló cualquier poder de mercado que pudiera existir.

(b) El tamaño de la carga de SMCV en comparación con otros usuarios del TPM es un elemento adicional que indica un poder de negociación de SMCV frente a Tisur. Nótese que la carga de SMCV constituye el 25% de la carga total movilizadora a través

del TPM. Si bien este hecho no es un elemento concluyente por sí solo, aunado a otros factores, permite presumir el poder de negociación de SMCV frente a TISUR.

- (c) El contrato refleja un poder de negociación balanceado. Ello porque los antecedentes de las negociaciones evidencian que Tisur realizó concesiones relevantes a su contraparte tales como comprometerse a una fuerte inversión que sería garantizada y amortizada a lo largo de todo el Contrato. Así existen evidencias de una negociación bajo condiciones de competencia aún cuando en el Contrato se pactó la tarifa máxima permitida.
- (4) A nuestro criterio, OSITRAN tiene la obligación legal y contractual de revisar las condiciones de competencia como parte del proceso de revisión de tarifas iniciado por Resolución 062-2008-CD-OSITRAN. Esta obligación se deriva tanto del procedimiento previsto en el Contrato de Concesión del TPM como en la propia regulación. Sin perjuicio de lo anterior, es factible iniciar paralelamente un proceso de desregulación a pedido de parte, y solicitar la acumulación de dicho proceso con el procedimiento de revisión de tarifas.
- (5) Finalmente, debe dejarse a las inversiones y tráfico de SMCV fuera del cálculo del factor X. La inclusión de las inversiones y tráfico de SMCV en el cálculo del factor X no resultaría consistente con la lógica del mecanismo RPI-X, tal y como se encuentra contemplado en la regulación, pues no hay espacio para lograr en el corto plazo mayores eficiencias, objetivo perseguido por la aplicación del mecanismo. En ese sentido, su inclusión podría tener un efecto expropiatorio, pues significa que se estaría exigiendo a TISUR alcanzar un nivel de ganancias de eficiencia que en los hechos no es posible lograr dadas las condiciones reales existentes.

A continuación procederemos a desarrollar los distintos extremos de la consulta.

1. Sustento legal para la desregulación de la tarifa por parte de OSITRAN.

1.1 La inexistencia de competencia como principio rector de la facultad de fijación tarifaria

El artículo 7 b) de la Ley 26917¹, que regula la operación del sistema tarifario de infraestructura por parte de OSITRAN, establece que la fijación tarifaria se ejerce dentro de los siguientes límites:

- (i) En el caso que no exista competencia en el mercado, OSITRAN fijará las tarifas, peajes y otros cobros estableciendo reglas claras y precisas para su correcta aplicación así como su revisión y modificación;
- (ii) En caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velará por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste que éste contiene; y,
- (iii) Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velará por el libre funcionamiento del mercado.

En similar sentido, los artículos 11 y 13 del Reglamento General de Tarifas del OSITRAN ("RETA") establecen que OSITRAN determinará las tarifas aplicables a los servicios relativos a los mercados derivados de la explotación de

¹ Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley 26917, Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.

infraestructura de transporte de uso público cuando no exista competencia efectiva o ésta no sea posible, sin embargo, cuando dichos servicios se desarrollen en condiciones de competencia, no aplicará la fijación tarifaria y fomentará y preservará la competencia².

En concordancia con este principio, el artículo 14 del RETA precisa que OSITRAN, de oficio o a solicitud de parte, deberá abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimir la regulación tarifaria vigente cuando verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado respectivo y la regulación ya no resulte necesaria, debido a que la competencia entre los agentes económicos de los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios³.

Queda claro entonces que, bajo la normativa que regula la fijación de tarifas por parte de OSITRAN, la inexistencia de competencia es un presupuesto para la fijación de tarifas.

En efecto, la razón por la que una actividad económica se encuentra sometida a fijación tarifaria por parte del regulador, OSITRAN, es que dicha actividad no se presta en condiciones de libre competencia y que se trate de un mercado que presenta ciertas barreras de acceso que no lo hacen contestable o desafiante.

² Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, Artículo 11.- "En los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, en los que no exista competencia efectiva o no sea posible, OSITRAN determinará las Tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados".

Artículo 13.- "En los casos en que los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público se desarrollen en condiciones de competencia, OSITRAN fomentará y preservará la competencia en la utilización de dicha infraestructura y en la prestación de los servicios derivados de ella, no siendo aplicable en tal caso la fijación tarifaria por parte de OSITRAN".

³ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, Artículo 14.- Desregulación
OSITRAN de oficio o a solicitud de las Entidades Prestadoras deberá abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimirá la regulación tarifaria vigente, siempre que se verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado respectivo y la regulación ya no resulte necesaria, debido a que la competencia entre los agentes económicos de los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios.

Ello se sustenta en que la actuación de OSITRAN responde a la necesidad de controlar conductas económicas dentro de mercados monopólicos naturales a fin de, a través de la intervención del Regulador, lograr simular aquellas condiciones del servicio que se alcanzarían en condiciones de competencia. Pero al mismo tiempo, OSITRAN tiene como misión el fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de infraestructura pública de transporte cuando ella esté presente. Nótese que este último es precisamente uno de los objetivos que contempla expresamente la regulación vigente⁴.

Cuando exista competencia no se justifica la intervención del regulador fijando las tarifas en cuestión. Por el contrario, la fijación de tarifas en mercados sujetos a competencia puede generar mayores distorsiones. Así, en estos casos, la actuación del OSITRAN debe dirigirse a fomentar y preservar la libre competencia.

Por tanto, puede concluirse que uno de los principios que rige la operación del sistema tarifario de infraestructura de uso público por parte de OSITRAN es la inexistencia de competencia respecto del servicio en cuestión. La existencia de competencia constituye un límite real y legal a facultad de fijar tarifas por parte de OSITRAN. Si OSITRAN verificara la existencia de competencia respecto de un servicio determinado deberá, por aplicación de la misma norma, desregular la tarifa aplicable a dicho servicio.

⁴ Ley 26917, Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
- b) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.
- c) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento.
- d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

El principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 10 del Reglamento General del OSITRAN, refuerza esta conclusión al dejar en claro que la función normativa y reguladora del OSITRAN sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios, precisando que en caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladores, OSITRAN deberá optar por no dictarlas.⁵

1.2 La inexistencia de competencia como un presupuesto en el esquema de fijación de tarifas previsto en el Contrato de Concesión

El Anexo 6.1 del Contrato de Concesión del TPM estableció reglas específicas aplicables para la fijación y revisión de las tarifas aplicables a los servicios brindados por el TPM. Dichas reglas establecen que corresponde a OSITRAN ajustar las Tarifas Máximas aplicables a los servicios prestados por la concesionaria de acuerdo a las normas que rigen su funcionamiento.

Adicionalmente, como parte de dichas reglas se precisa que:

“La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto por OSITRAN de comprobarse que existe competencia en dicho servicio. En cada oportunidad en que corresponde que OSITRAN revise las Tarifas Máximas, deberá analizar las condiciones de competencia de los servicios regulados. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO podrá solicitar la desregulación de las Tarifas Máximas en el momento que considere que existe competencia efectiva

⁵ Reglamento General del OSITRAN, Artículo 10.- Principio de Subsidiariedad.

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

respecto de algunos de los servicios comprendidos por las Tarifas Máximas.” (el subrayado es nuestro)

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 12 del RETA, la fijación y revisión tarifaria acordada por un contrato de concesión deberá ser aplicada por encima de las normas contenidas en el RETA, que serán de aplicación supletoria a lo establecido en el contrato en cuestión⁶.

De una lectura del Contrato, complementado por el RETA, se desprende claramente que OSITRAN tiene no sólo la potestad sino el deber verificar las condiciones de competencia al momento de revisar las tarifas reguladas. Asimismo, tiene no sólo la potestad sino el deber de desregular las tarifas de los servicios que se presten en competencia.

Ambas obligaciones se derivan de los principios y disposiciones contenidas en la regulación vigente y fueron contempladas expresamente en el Contrato de Concesión.

Cabe señalar que este es el criterio que ha venido aplicando el OSITRAN en el caso específico de los servicios brindados por el TPM. Así, por ejemplo, en la Resolución 030-2004-CD/OSITRAN mediante la cual fijó las tarifas máximas para los servicios sujetos a regulación tarifaria que se presta en el TPM, desreguló las tarifas aplicables a los servicios de uso de muelle para contenedores llenos y vacíos y los servicios auxiliares a la nave: servicios complementarios, servicios auxiliares para contenedores REEFER y carga peligrosa a granel, por tratarse de servicios brindados en condiciones de competencia.

⁶ Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, "Artículo 12. Tarifas Contractuales

En los casos que los Contratos de Concesión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo competencia de OSITRAN, establezcan Tarifas aplicables a los servicios, mecanismos de reajuste tarifario o disposiciones tarifarias, corresponderá a OSITRAN velar por la correcta aplicación de las mismas en el marco de lo establecido en dichos contratos. Las reglas del presente Reglamento se aplicarán de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión."

1.3 La posibilidad de desregular un segmento de la demanda del servicio por alto volumen

La propuesta planteada por TISUR se encuentra referida a la desregulación de la tarifa para el servicio de muelle para carga de granel sólido aplicable a los clientes con alto volumen que puedan autoproversee dicho servicio, específicamente, teniendo en cuenta el caso de la SMCV. No se trata así de un pedido de desregulación de la tarifa aplicable a dicho servicio de manera general. Sin embargo, la propuesta podría contemplar también el caso de un tercero que desarrolló un proyecto portuario a ser brindado a SMVC por medio de un acuerdo contractual. Si los flujos de la operación son suficientes y adecuados para financiar el desarrollo de la infraestructura necesaria y las condiciones legales y físicas no crean barreras de acceso, dicha opción debe ser considerada como competencia para efectos de evaluar la desregulación de la tarifa, porque estará presente como una opción del consumidor que neutraliza la posible existencia de poder de mercado del lado del operador portuario.

A nuestro criterio, no existe impedimento en la regulación vigente para que OSITRAN proceda a desregular la tarifa de un servicio aplicada hacia un segmento determinado de la demanda y no de forma general a todo el servicio. Y como veremos más adelante, ello lo puede hacer en el propio procedimiento de revisión tarifaria.

No todos los usuarios se encuentran en las mismas condiciones de competencia y por tanto estas condiciones no se dan homogéneamente sobre todos los usuarios.

La regulación vigente establece la obligación de OSITRAN de regular las tarifas aplicables a los servicios brindados por operadores portuarios cuando los servicios no se presten en condiciones de competencia y a desregularlos cuando se determine la existencia de libre competencia en la prestación del

servicio. Desregular la tarifa o aplicar tarifas diferenciadas a un segmento de usuarios respecto del cual se ha acreditado poder de negociación constituye un reconocimiento de la existencia de condiciones de competencia para dicho segmento, en cumplimiento de lo exigido por la regulación del sector.

Esta situación no es nueva sino que se ha presentado en una serie de otros mercados regulados en los cuales un segmento de la demanda se abastece de manera competitiva mientras que otros segmentos se consideran monopolios naturales. Así, existen diversos mercados en los cuales ya se ha determinado que el volumen de compra de un determinado bien o servicio regulado evidenciaría una capacidad de negociar con el prestador de los servicios en similares condiciones. Este es el caso por ejemplo, del mercado de electricidad donde se ha distinguido a los "Clientes Libres" (un segmento de la demanda en la que sí se presenta una competencia fuerte y agresiva) de los usuarios del mercado regulado que no cuenta con dicho poder de negociación. Similar situación se ha reconocido, en algunos países, en el ámbito del mercado de telecomunicaciones.

Nótese que esta decisión no vulneraría en forma alguna los derechos ni la protección que la regulación otorga a terceros (pequeños proveedores o clientes) pues no se estaría desregulando la tarifa aplicable a todo el servicio sino únicamente a aquellos usuarios (en este caso, SMCV) respecto de los cuales se determine existen condiciones de competencia dadas las características específicas de su demanda de servicios (volumen, viabilidad de integración vertical, etc.).

Una regulación en este sentido tampoco infringiría los principios de no discriminación que rigen la actuación del OSITRAN. Ello pues para que se configure una discriminación se requiere que se apliquen condiciones desiguales para situaciones equivalentes. En este caso, la distinción se realizaría sobre la base de factores objetivos que precisamente determinarían

que los distintos usuarios no se encuentran en la misma posición, principalmente por el volumen de negocio que realizan con el terminal.

1.4 La integración vertical como competencia efectiva que disciplina el comportamiento del operador competidor

El Contrato de Concesión no contiene regla alguna que defina cuándo se entenderá que hay competencia ni realiza distinciones entre los distintos tipos de competencia que pueden presentarse.

Por su parte, la regulación vigente precisa que OSITRAN sólo determinará tarifas cuando "no exista competencia efectiva o no sea posible". (Artículo 11 del RETA). En similar sentido, se precisa que deberá verificarse la "existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado respectivo" que determinen que la regulación no resulte necesaria "debido a que la competencia entre los agentes económicos de los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios". (Artículo 14 del RETA)

Asimismo, el artículo 68 de RETA establece que para proceder a una desregulación tarifaria, el OSITRAN deberá acreditar la existencia de una competencia efectiva cuya subsistencia pueda ser garantizada y que no existen barreras de acceso al mercado en cuestión⁷.

De lo anterior se desprende que para efectos de la regulación de tarifas, OSITRAN debe tomar en cuenta una "competencia efectiva". Asimismo, que esta competencia ameritará la desregulación cuando asegure "tarifas

⁷ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, Artículo 68.- Inicio del procedimiento de desregulación tarifaria

OSITRAN podrá determinar de oficio o a instancia de parte, la desregulación de la tarifas de determinado servicio derivado de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, cuando se compruebe cuando menos lo siguiente:

1. La existencia de competencia efectiva cuya subsistencia pueda ser garantizada;
2. Que no existen barreras de acceso al mercado en cuestión.

sostenibles y razonables en beneficios de los usuarios". Es decir, que se trata de una competencia que tiene un efecto disciplinador en el poder de mercado de la entidad prestadora de servicios. En otras palabras, se entenderá que existe competencia cuando un servicio pueda ser abastecido mediante cuando menos una opción alternativa y este hecho limite el poder de la entidad prestadora de servicios portuarios de fijar libremente las condiciones de prestación de dicho servicio.

Asimismo esta competencia debe tener "subsistencia garantizada" o en otras palabras, contar con cierta permanencia en el tiempo.

En este análisis debe tomarse en cuenta no sólo la competencia existente sino aquella competencia que, al momento de la celebración del acuerdo, hubiera constreñido el poder de mercado de la entidad prestadora, permitiendo la permanencia del efecto competitivo gracias a los términos contractuales pactados.

La "teoría de los mercados contestables" ha sido recogida por INDECOPI en múltiples oportunidades. Así por ejemplo, se ha señalado que en un mercado donde no existen barreras a la entrada ni a la salida sustanciales, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, ya que la existencia de competencia limitará su poder de mercado. Estos potenciales entrantes deben ser tomados en cuenta al analizar la posición de un dominio de la empresa investigada. Ello significa que la amenaza de ingreso al mercado de terceros agentes es un elemento que disciplina la conducta de las empresas establecidas en el mercado relevante⁸.

De ahí que como bien señala Conrath:

⁸ Ver por ejemplo Informe 041-2004_INDECOPI/ST-CL del 29 de noviembre de 2004 recaída en el procedimiento iniciado por Aldem S.A.C. contra Swissport GBH Perú S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de establecimiento en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, cuyas conclusiones fueron hechas suyas por la Comisión mediante Resolución 004-2005-INDECOPI/CLC del 12 de enero de 2005. En dicho caso la Comisión determinó que existía una competencia potencial y actual en el mercado relevante.

"Tales firmas [las que constituyen competencia potencial] en el contorno del mercado pueden tener un efecto competitivo en el mercado relevante ahora. Esto es porque las firmas en el mercado probablemente saben que la nueva competencia de estas firmas es posible. Este conocimiento afecta lo que ellas hacen en el mercado. Ellas saben que si elevan los precios, estas firmas en el contorno probablemente entren al mercado y empiecen a vender."⁹ (el subrayado es nuestro)

TISUR ha argumentado que la competencia en este caso estaría dada por el hecho que SMCV pudo integrarse verticalmente como alternativa al servicio que le es brindado por TPM. Ello porque, por el volumen de carga que maneja (1.2 millones de TM) cuenta con capacidad para generar su propia infraestructura portuaria amortizando los costos de la misma, y constituyendo una alternativa efectiva al negociar con TISUR.

A nuestro criterio, el hecho que SMCV haya contado con una posibilidad real de integrarse verticalmente, como alternativa a los servicios portuarios que contrató de TISUR, implicaría la existencia de una competencia que limitaría el poder de mercado de TISUR para imponer condiciones excesivamente gravosas para su contraparte en la prestación del servicio (tarifas, plazo de duración del servicio, entre otros). En ese sentido, resultaría suficiente para acreditar la existencia de condiciones de competencia en el momento en que SMCV negoció la adquisición de los servicios brindados por TISUR. TISUR habría entonces negociado el contrato limitado en cualquier pretensión de ejercer poder de mercado por la alternativa de que SMCV se aparte de la negociación eligiendo en su lugar integrar verticalmente la operación portuaria (o contratar con un tercero para que construyera el puerto y le brindara el servicio).

⁹ C. W. CONRATH, Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition ("Manual Práctico para la aplicación de las normas de Libre Competencia para una economía en transición"); Sección 5.4.1. p. 105.

El hecho que los servicios hubieren sido alternativamente abastecidos por la propia empresa, mediante una integración vertical, en lugar de contratarlos de un tercero no desvirtúa esta conclusión. En efecto, en el marco de la teoría de costos de transacción de Coase, las empresas pueden decidir integrar una parte de su operación, o contratarla a un tercero para obtener el bien o servicio que necesitan. La decisión dependerá de si los costos de coordinación para integración de la operación están o no justificados por el ahorro de los costos de transacción de contratar la operación con un tercero. Si las diferencias entre los costos de transacción y los costos de coordinación no son sustantivos, la integración es una opción que compete con la contratación del tercero. Y ello sin considerar si otro tercero puede hacer la inversión necesaria de manera que ofrezca también el servicio que sería otra alternativa posible y que elimina los costos de coordinación interna. Mientras la otra opción (integración vertical o el uso de otro tercero) no enfrenten barreras legales o físicas, estamos frente a competencia efectiva.

Esta conclusión se mantiene incluso pese a que, luego de celebrado el Contrato (y optado en este caso SMCV por no integrarse verticalmente) esta competencia no sea apreciable en la realidad. Incluso el hecho que una vez celebrado el Contrato, SMCV no cuente con el mismo poder de negociación con la factibilidad de instalar sus propias instalaciones portuarias, no afecta esta conclusión.

Para determinar si existió una situación de competencia que dotó a SMCV de poder de negociación frente a TISUR deben analizarse no solo las condiciones de competencia existente, una vez celebrado el Contrato, sino las condiciones de competencia al momento de su negociación y celebración.

En palabras de Conrath, es necesario no confundir el poder de mercado con el poder contractual. Como explica este autor, un contrato ofrece "poder contractual" a cada una de las partes desde que se encuentran vinculadas

legalmente por las cláusulas o términos contractuales. Así, es cierto que del control de la operación del puerto por parte de TISUR se puede derivar un determinado control de éste sobre SMCV derivado de la celebración del contrato y los términos que SMCV se obligó a respetar. Esto es así debido que una vez que el usuario celebra un contrato de servicios con un determinado operador, debe someterse a las condiciones, precios y reglas establecidos en dicho contrato. No obstante, del contrato en sí no puede interpretarse que el operador tenga una posición de dominio con respecto al servicio brindado a SMCV. Y es que en efecto, lo que obliga al usuario (SMCV) a cumplir las condiciones establecidas por el operador (TISUR) no es una situación de posición de dominio de TPM sino el contrato mismo celebrado y el efecto jurídico de sujeción que todo contrato genera en las partes del mismo.

Por ello, es importante destacar que la celebración de un determinado contrato con el usuario no otorga o implica una posición de dominio, la que debe ser analizada en el contexto anterior a la firma de dicho contrato. El contrato no es el reflejo de poder monopólico si éste ha sido negociado en condiciones de libre competencia¹⁰.

Ello quiere decir que si en este caso SMCV tuvo la oportunidad de elegir entre contratar con TISUR u otras alternativas – como podría ser el integrarse verticalmente construyendo su propio puerto-, entonces existió una condición de competencia que limitó el poder de mercado de TISUR dotando a SMCV con poder de negociación para pactar las condiciones contractuales del servicio (precio, plazo, inversiones necesarias, etc.)

Si la decisión que adoptó SMCV de contratar con TISUR fue efectuada de manera libre, aún contando con la opción alternativa de integrarse verticalmente, entonces podría afirmarse que existieron condiciones de

¹⁰ C. W. CONRATH, Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition ("Manual Práctico para la aplicación de las normas de Libre Competencia para una economía en transición"); Sección 5.4.1.

competencia. Ello en tanto existía una competencia actual y efectiva que limita el poder de mercado del TPM respecto de dicho servicio.

Prueba de ello es que, una vez culminado el contrato, y si las condiciones de competencia no se han modificado, nuevamente el operador portuario estará sujeto a competencia porque volverá a aparecer la opción para el cliente de construir el puerto, siempre, claro está, que el volumen de exportación pueda ser mantenido por el plazo necesario.

Así, el hecho que SMCV haya optado libremente por contratar con TISUR como empresa operadora que les presta sus servicios, no significa que posteriores usuarios con similares flujos de materiales o incluso la misma SMCV, luego de finalizado su contrato o de no resultarle éste eficiente, no pueda cambiar de operador recurriendo al puerto alternativo. En esa medida, el contrato celebrado por SMCV con TISUR no desvirtúa que éste tuvo opciones y de otra parte no otorga a esta empresa ninguna posición de dominio, puesto que, si esta empresa realiza conductas anticompetitivas, SMCV podría romper el contrato y migrar hacia otras alternativas de servicios (construir su propio puerto) porque aquélla posibilidad ya se encuentra disponible en el mercado.

Cabe señalar que en un pronunciamiento reciente, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha reconocido que el análisis de la situación de competencia debe realizarse ex ante, lo que implica retrotraerse al momento en que la acción que supuestamente vulneraría o restringiría la competencia (en este caso el Contrato) ha sido realizada"¹¹

Asimismo, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha reconocido que el poder contractual que podría otorgarle a una empresa un contrato determinado se distingue del poder de dominio de dicha empresa. Así, en el caso iniciado por Aldem S.A.C. contra Swissport GBH Perú S.A. por presunto

¹¹ Ver Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI recaída en el Expediente 003-2003/CLC bajo el cual se tramitó la denuncia interpuesta por Group Multipurpose S.R.L y Dispra E.I.R.L en contra de Quimpac S.A. y Clorox del Perú S.A. por prácticas colusorias verticales.

abuso de posición de dominio en la modalidad de establecimiento en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, basado en que dicha empresa habría efectuado discriminaciones de precios en los cobros de servicios prestados por terminales de origen y servicios aeroportuarios, la Comisión declaró que no había quedado acreditado que el denunciado hubiera ostentado posición de dominio en el mercado relevante en el periodo de análisis de los hechos denunciados. Ello en virtud a que dicha empresa, pese a que ostentó una cuota de mercado relativamente alta, enfrentó una intensa competencia actual y potencial.

Sin embargo, en dicha decisión, haciendo suyas las conclusiones del informe de la Secretaría Técnica de la Comisión, la Comisión precisó que los hechos denunciados, consistentes en los cobros presuntamente discriminatorios, más bien podían ***“podrían constituir un supuesto de oportunismo post contractual antes que un abuso de posición de dominio”***.¹²

En el Informe de la Secretaría Técnica que fue adoptado por la Comisión¹³, se desarrolló la distinción entre abuso de posición de dominio y el oportunismo post contractual. Citando a Conrath, la Secretaría Técnica señaló que al evaluar si una empresa tiene poder de mercado es importante no confundir un acuerdo contractual con el poder de mercado. Ello porque bajo el derecho contractual, cada parte podrá ser capaz de forzar a la otra a cumplir los términos del contrato aún si la parte desee después poder salir del contrato. En ese sentido, luego que un contrato es celebrado y las dos partes se someten a éste, puede ser cierto que alguna de las partes tenga cierto poder sobre la otra. Sin embargo, explicó que la real medida de poder de mercado es si el consumidor tuvo otras opciones disponibles al momento de contratar. Ello pues:

¹² Resolución 004-2005-INDECOPI/CLC del 12 de enero de 2005 recaída en el procedimiento iniciado por Aldem S.A.C. contra Swissport GBH Perú S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de establecimiento en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

¹³ Informe 041-2004-INDECOPI/ST-CLC de fecha 29 de noviembre de 2004.

“sólo cuando el consumidor no tiene otras opciones disponibles es que el proveedor le puede imponer determinadas cláusulas, pues de lo contrario el primero podrá acudir a otro proveedor. De ahí que las presuntas afectaciones a la libre competencia derivadas de un comportamiento empresarial deben analizarse, no de manera posterior a la celebración de un determinado contrato, sino de manera previa al establecimiento de relaciones contractuales, es decir, al momento en el que los consumidores o clientes tienen la posibilidad de elegir entre diferentes ofertantes del producto o servicio relevante”.

2. ¿Ha existido competencia en el caso de SMCV?

Queda claro entonces que si un servicio está siendo brindado de forma competitiva entonces OSITRAN estará obligado a desregular la tarifa correspondiente. Asimismo, queda claro que la posibilidad de integrarse verticalmente puede ser considerada como una competencia que constriñe el poder de mercado de una empresa determinada (en este caso, TISUR como operador del TPM). Ello nos lleva a preguntarnos si existen evidencias para sustentar la posición de TISUR de que el servicio brindado a SMCV fue brindado en condiciones de competencia.

Como hemos señalado, de acuerdo con lo alegado por TISUR, la competencia y el efecto disciplinador se sustentarían en el hecho que, por el volumen de carga que maneja (1.2 millones de TM), SMCV contaba con la posibilidad de generar su propia infraestructura portuaria en lugar de contratar los servicios de TPM.

Para que esta posición sea sustentable sólidamente ante el Regulador, debe probarse que esta competencia no es simplemente una competencia potencial percibida como posible (o virtual) sino que se trató de una competencia actual o “efectiva” en términos de la regulación.

En nuestra opinión ello pasa por probar cuando menos que:

2.1 Que SMCV contaba con al menos una alternativa viable (integrarse verticalmente) para abastecerse de los servicios portuarios que le brinda TISUR.

En otras palabras, que la posibilidad de que SMCV se integrase verticalmente era viable físicamente y, asimismo, que constituía en términos económicos una opción alternativa y comparable a la adquisición de los servicios portuarios de TISUR.

En efecto, sólo si se acredita que la construcción de sus propios servicios portuarios por parte de SMCV era viable y económicamente atractiva para ésta como una alternativa a los servicios del TPM, teniendo en cuenta sus volúmenes de carga y las proyecciones de los mismos en el tiempo, podrá considerarse que existió competencia efectiva.

Nótese que no basta que sea una opción factible. Para que limite el poder de mercado de TPM resulta necesario acreditar que la integración vertical y la propia construcción de su propia infraestructura portuaria efectivamente resultaba una opción económicamente atractiva que constreñía el poder de mercado de TISUR. Si aún siendo factible física y económicamente, los costos de la integración vertical fueran extremadamente elevados respecto de contratar con el operador existente, entonces dicha alternativa no constituiría una verdadera opción competitiva ni un verdadero límite a la discrecionalidad del operador para fijar sus tarifas.

De los documentos que hemos revisado queda acreditado que la integración vertical era una opción viable para SMCV. Tan es así que, según lo que nos han informado, antes de suscribir el Contrato de locación de servicios portuarios con Tisur, SMCV mandó elaborar

estudios que analizaran la localización de un Terminal de Embarque de Graneles Minerales (Concentrado de Cobre), a ubicarse en un lugar aún no definido del litoral sur de la República del Perú, con el objetivo de contar con un análisis preliminar de posibles lugares de emplazamiento y costos estimados de inversión de las instalaciones portuarias. Dichas instalaciones estarían destinadas a servir a las operaciones de embarque de la mina Cerro Verde y debían tener capacidad para embarcar volúmenes de hasta 1 millón de toneladas anuales.

En dichos estudios se habría concluido, según lo que nos han informado, que existían múltiples posibles emplazamientos para un puerto de las características requeridas por SMCV y se evaluaron los costos correspondientes. Si bien los costos de utilización un de puerto existente son considerablemente inferiores, los costos de del desarrollo de un terminal nuevo, oscilantes entre 10 y 17 millones de dólares, no constituyen una inversión irrazonable teniendo en cuenta el volumen anual a ser manejada por SMCV y que se trata de un flujo constante de carga a futuro.

Por otra parte, en el informe elaborado por Macroconsult se analiza cómo es que los volúmenes de carga de SMCV hubieran implicado una amortización de la inversión de construir un puerto propio.

Pero además es importante señalar que podían considerarse puertos existentes alternativos a Matarani como lo son Acari, en la bahía de San Juan, San Nicolás, en la bahía del mismo nombre, Atico e Ilo.

Lo anterior demuestra que SMCV contaba con más de una alternativa viable para abastecerse de los servicios portuarios que le brindaba TISUR.

2.2 Que el contrato reflejó una negociación que se dio en condiciones competitivas.

Adicionalmente, para acreditar la competencia potencial disciplinó el poder de mercado de Tisur para trasladar la carga de SMCV, es necesario demostrar por qué el contrato refleja un poder de negociación balanceado.

A nuestro criterio, en este caso, existen elementos que llevarían a concluir que el contrato con SMCV se negoció en condiciones de competencia.

Un primer elemento son los altos volúmenes de carga que implicaba para TISUR un contrato con SMCV. En los documentos que hemos tenido a la vista se explica que la carga de SMCV constituye el 25% de la carga total movilizada a través del TPM. Si bien este hecho no es por sí solo concluyente para probar el poder de negociación de SMCV frente a los operadores portuarios, la magnitud de esta carga de embarque para Tisur es un claro indicio de la existencia de este poder de negociación. Ello más aún teniendo en cuenta la continuidad en el tiempo que el mismo implicaba.

De otra parte, los antecedentes de la firma del contrato reflejan una negociación competitiva en la cual TISUR se vio forzada a hacer una serie de concesiones en el texto del contrato con el fin de atraer y asegurar el volumen de compra de SMCV. Así por ejemplo Tisur se comprometió a asumir una serie de costos de inversión cuya recuperación sería garantizada por SMCV durante el plazo del contrato a suscribirse. Dichas inversiones serían realizadas con el fin de habilitar el ingreso de naves de los tamaños requeridos por SMCV. SMCV estaría inclusive facultado a hacer observaciones en la ejecución del proyecto de ampliación de las facilidades portuarias.

El hecho que las partes hayan pactado la tarifa máxima fijada por el OSITRAN no implica lo contrario a una negociación en condiciones de competencia. Una tarifa máxima de US\$ 4.20 podría resultar consistente con la recuperación de las inversiones requeridas para el proyecto y las garantías dadas por SMCV a Tisur para estos efectos. Así una tarifa máxima de US\$ 4.20 y el plazo de ejecución acordado podrían resultar razonables y competitivos teniendo en cuenta el costo de las inversiones que TISUR se comprometió a realizar (entre ellas, una faja transportadora de 1000 TM/hora).

Asimismo, la estabilización de dicho precio por este lapso de tiempo podría implicar en los hechos la aplicación de un precio promedio inferior al precio regulado lo que constituiría un elemento adicional que evidenciaría un contrato negociado de forma competitiva, pese a que el precio actual coincida con la tarifa máxima permitida por el regulador.

3. Aspectos procesales

Teniendo en cuenta que el RETA prevé un procedimiento de desregulación independiente al proceso de revisión tarifaria, uno de los aspectos que nos ha sido consultado es si OSITRAN puede optar por desregular dicha tarifa en el proceso de fijación tarifaria iniciado por Resolución 062-2008-CD/OSITRAN o si debe culminar dicho proceso en una revisión de la tarifa aplicable e iniciar, paralelamente o con posterioridad a éste, un nuevo proceso de desregulación.

Dicha interpretación parecería derivarse del hecho que el artículo 21 del RETA, que regula el contenido de las resoluciones que aprueban la fijación o revisión tarifaria no regule dentro de las materias que pueden ser aprobadas dentro de dicha decisión la desregulación¹⁴. Asimismo, de que las normas que regulan el

¹⁴ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN Artículo 21. Resoluciones

procedimiento de revisión de tarifas no precisan en qué momento de la evaluación deberán analizarse las condiciones de competencia, lo que podría dar a entender que dicho análisis no es parte de dicho procedimiento.

En la Resolución 062-2008-CD-OSITRAN del 18 de diciembre de 2008, mediante la cual dio inicio de oficio al procedimiento de revisión tarifaria, de acuerdo al Contrato, OSITRAN estableció que dicho proceso tiene por objeto revisar las tarifas reguladas mediante el factor de productividad a los servicios de amarre y desamarre, uso de amarradero, uso de muelle a la carga rodante, uso de muelle a la carga fraccionada, uso de muelle a la carga granel sólido para descarga de granos, uso de muelle a la carga granel sólido para concentrados de mineral y uso de muelle a la carga granel líquido y almacenaje granos en sitios en el TPM.

Ni la resolución de inicio de procedimiento – Resolución 062-2008-CD/OSITRAN- ni el informe que la motiva realizan un análisis de las condiciones de competencia de los servicios cuyas tarifas serán materia de revisión.

A nuestro criterio, OSITRAN tiene la obligación legal y contractual de revisar las condiciones de competencia como parte del proceso de revisión tarifaria que ha sido iniciado.

Así se desprende del Contrato de Concesión del TPM que establece expresamente que “en cada oportunidad en que corresponde que OSITRAN

Mediante resoluciones que aprueban la fijación o revisión tarifaria, OSITRAN puede aprobar, entre otras, disposiciones que establezcan lo siguiente:

1. Procedencia de la solicitud de fijación o revisión tarifaria;
2. Sistemas Tarifarios;
3. Tarifas Máximas provisionales y definitivas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, así como las normas generales para su aplicación;
4. Disponer la fijación y la revisión de las Tarifas o determinar los niveles tarifarios en los casos en que el Contrato de Concesión así lo establezca, incluyendo la metodología, el período de vigencia o el período de revisión regular o extraordinario, de ser el caso;
5. Establecer el conjunto de reglas y disposiciones a que deberán sujetarse las Entidades Prestadoras en el establecimiento y aplicación de sus Tarifas, de conformidad con el marco normativo y contractual aplicable.”

revise las Tarifas Máximas, deberá analizar las condiciones de competencia de los servicios regulados". Asimismo, de acuerdo con dicho contrato, tiene la obligación de desregular cuando determine la existencia de competencia en un servicio determinado.

Nótese que aún cuando el RETA establezca un procedimiento claramente diferenciado para la desregulación de tarifas, las normas contenidas en el RETA son de aplicación supletoria a lo establecido por el Contrato que claramente establece la obligación de analizar las condiciones de competencia como parte del proceso de revisión tarifaria¹⁵.

Pero más aún, en base a lo establecido por la regulación debe llegarse a la misma conclusión. El análisis de las condiciones de competencia es un presupuesto de la revisión de tarifas. Así lo reconoce OSITRAN en la misma resolución de inicio de procedimiento en la cual ha establecido que *"la norma vigente señala, como cuestión previa a la determinación de las tarifas propiamente dicha (fijación o revisión), que el Regulador debe realizar un análisis de las condiciones de competencia que registran aquellos mercados, donde se ofertan y demandan los servicios incluidos en la revisión (o fijación tarifaria)"*. Es decir, OSITRAN reconoce que como parte de la revisión tarifaria, OSITRAN deberá verificar las condiciones de competencia de los servicios que serán sometidos a revisión, y aún no lo ha hecho en este caso lo que implicaría que es un aspecto pendiente que deberá ser materia de análisis en el procedimiento como presupuesto para poder fijar una tarifa revisada.

¹⁵ En adición al artículo 12 del RETA, véase el Artículo 24 de la misma norma que dispone que: "Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para la fijación, revisión y aplicación de las Tarifas por los servicios que presten, derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, por lo estipulado en el presente Reglamento, salvo que dicho contrato contenga normas específicas diferentes. En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo 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. En estos casos la fijación o revisión tarifaria se iniciará siempre de oficio, mediante aprobación del Consejo Directivo de OSITRAN. A la actualización de tarifas establecidas en los Contratos de Concesión mediante la aplicación de fórmulas o tarifas definidas en los referidos contratos no se aplicará el procedimientos establecido en el presente Reglamento".

Así, no puede interpretarse que la desregulación no puede darse en el marco de un proceso de revisión de tarifas pues como parte de dicho proceso deberá analizarse precisamente si los servicios se siguen brindan bajo condiciones de inexistencia de competencia. Si dicha evaluación no ha sido realizada en el estado inicial (de apertura) del procedimiento de revisión de tarifas, deberá realizarse como parte del mismo.

Asimismo, si se determinase la existencia de competencia, el OSITRAN, de acuerdo con la regulación vigente y lo dispuesto con el Contrato de Concesión, tiene el deber de desregular.

Interpretar lo contrario (que en este proceso OSITRAN debe continuar con la regulación para luego desregular en un segundo proceso) llevaría a resultados absurdos. En efecto, resultaría absurdo interpretar que la normativa vigente obliga a OSITRAN a invertir recursos en revisar una tarifa que determinó no debe ser regulada para luego iniciar un segundo procedimiento dirigido a desregularla cuando ello puede claramente realizarse como parte de un mismo proceso. De otra parte, asumir esta posición implicaría, por formalidades procesales, generar una distorsión ya identificada en el mercado por un tiempo determinado (el tiempo en el cual resultará siendo aplicada al servicio brindado por SMCV la tarifa que se ha determinado debe ser desregulada). La opción de desregular en el proceso de revisión tarifaria es la que genera menos distorsiones en el mercado y la más eficiente desde un punto de vista de los costos administrativos generados por la regulación.

Sin perjuicio de lo anterior, ante la posibilidad de que OSITRAN interprete que no se encuentra facultado para desregular una tarifa en un proceso de revisión de tarifas y decida encausar el procedimiento iniciando uno de desregulación en la misma fecha que aprueba el factor de productividad (X), se recomienda iniciar paralelamente un proceso de desregulación a pedido de parte, bajo el

artículo 70 del RETA¹⁶, solicitar la acumulación de dicho proceso con el procedimiento de revisión de tarifas iniciado por Resolución 062-2008-CD-OSITRAN.

Si bien las normas de OSITRAN no regulan la acumulación de dichos procesos, dicha aplicación puede sustentarse en el artículo 148 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444¹⁷, que faculta a la autoridad responsable a acumular, de oficio o a pedido de parte, los procedimientos que guarden conexión. Es importante resaltar que no cabe recurso alguno en caso la autoridad deniegue.

Esta solución es la más conveniente en caso OSITRAN resuelva que no cuenta con autoridad para desregular dentro del mismo proceso de revisión tarifaria puesto que (a) ahorraría los costos administrativos que implicaría mantener dos procesos paralelos o consecutivos y (b) aseguraría un resultado consistente de ambos procesos. Nótese asimismo que no existe norma alguna en el RETA que faculte al OSITRAN a inaplicar una tarifa durante el proceso de revisión tarifaria o desregulación salvo que se trate de una tarifa provisional basada en hechos o eventos de fuerza mayor o dictada con el objeto de permitir la prestación de un servicio nuevo¹⁸.

¹⁶ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, Artículo 70. Procedimiento de desregulación tarifaria iniciado a instancia de parte.

Las Entidades Prestadoras podrán solicitar a OSITRAN la desregulación de Tarifas de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público cuando consideren y sustenten que el servicio en cuestión, se presta en condiciones de libre competencia, no siendo necesaria la regulación tarifaria. Para tal efecto la Entidad Prestadora deberá presentar cuando menos la siguiente información:

1. Indicación de la Entidad Prestadora solicitante;
2. Poder del representante legal de la Entidad Prestadora;
3. Identificación y descripción del servicio asociado a la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público cuya tarifa se propone desregular;
4. Infraestructura asociada a la prestación del servicio cuya tarifa se propone desregular;
5. Justificación de la solicitud, incluyendo el Estudio económico que demuestre la existencia de condiciones de competencia que sustentan la propuesta de desregulación tarifaria;
6. Análisis de tráfico y costos de la Entidad Prestadora y expectativas y tendencias de desarrollo del mercado correspondiente. En cada caso deberá incluirse los supuestos, parámetros, bases de datos, flujo de caja proyectado y cualquier otra información utilizada en dichos análisis."

¹⁷ Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 149.- Acumulación de procedimientos
La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

4. Cálculo del Factor de Productividad

Adicionalmente, se nos ha solicitado nuestra opinión sobre la propuesta de TISUR para que no se incluya el la inversión realizada y el tráfico generado (Input y Output) asociado a SMCV en la estimación de "X" en la aplicación del mecanismo regulatorio conocido como RPI-X ("Retail Price Index" por sus siglas en ingles deducido el índice de productividad).

Nótese que la definición de qué servicios quedarán regulados mediante el Factor de Productividad RPI-X se distingue del cálculo del factor (que insumos y que productos entran en el cálculo). Así, este argumento se aplica se incluya, o no, a SMCV como parte de los servicios regulados.

La inclusión del input y output de SMCV en el cálculo del factor X, no resultaría consistente con la lógica del mecanismo RPI-X, tal y como se encuentra contemplado en la regulación.

El mecanismo "RPI-X" tiene por objeto generar incentivos para la minimización de costos pues las ganancias adicionales por encima del factor X son absorbidas por el operador. En ese sentido, se trata de un mecanismo de revisión de tarifas cuyo objeto es proporcionar un incentivo para que la empresa reduzca sus costos permitiendo a su vez que los beneficios de dichas reducciones se trasladen periódicamente al usuario¹⁹.

¹⁸ Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, "Artículo 20. Tarifa Provisional

20.1. En el proceso de fijación de tarifas de servicios nuevos, OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales con el fin permitir la prestación del servicio en beneficio de los usuarios en tanto finalice el procedimiento de fijación tarifaria definitivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del presente Reglamento.

20.2. Excepcionalmente, OSITRAN podrá fijar tarifas provisionales en aquellos procedimientos de fijación o revisión tarifaria, en que se sustente y acredite debidamente la ocurrencia de hechos o eventos de fuerza mayor, y que puedan afectar la calidad y/o continuidad del servicio durante el período de fijación o durante períodos posteriores a la culminación del proceso de fijación o revisión tarifaria.

20.3. En el caso de contratos de concesión cofinanciados, la aprobación de tarifas provisionales requerirá adicionalmente de la opinión favorable del Concedente, exclusivamente sobre la disponibilidad presupuestal de los recursos destinados al cofinanciamiento."

¹⁹ Así lo define el Anexo I del RETA.