



EXPEDIENTE N° : 40-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : IAN TAYLOR S.A.C.

ENTIDAD
PRESTADORA : TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A.

ACTO APELADO : Decisión contenida en la carta s/n de fecha 17 de
enero de 2018

SUMILLA: *Atendiendo a que TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A. no ha justificado de manera técnica y legal las razones por las cuales decidió aplicar en el presente procedimiento de acceso el mecanismo de subasta; corresponde revocar la decisión contenida en la carta de fecha 17 de enero de 2018; y, en consecuencia, ordenar que dicha Entidad Prestadora cumpla con el procedimiento de negociación directa establecido en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.*

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 6 de marzo de 2018

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por IAN TAYLOR S.A.C. (en lo sucesivo, IAN TAYLOR o la apelante) contra la decisión contenida en la carta s/n de fecha 17 de enero de 2018, emitida por TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A. (en lo sucesivo, TPE o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.- El 23 de diciembre de 2017, a través del Diario La República y su página web, TPE publicó la solicitud a la infraestructura para prestar el referido servicio. de acceso presentada por SVITZER ANDINO S.A. para prestar el servicio de remolcaje en el Terminal Portuario de Paita, a fin de que cualquier otro interesado manifieste su interés de acceder
- 2.- Mediante escrito de fecha 11 de enero de 2018, IAN TAYLOR manifestó su interés de mantener el acceso al Terminal Portuario de Paita a fin de prestar el servicio esencial de remolcaje, el cual ha venido prestando desde el año 2003, solicitando que las condiciones de acceso sean brindadas conforme a la normativa prevista y respetando los derechos de los usuarios intermedios y el principio de libre competencia. Al respecto, argumentó lo siguiente:



- i. IAN TAYLOR cumple con todos los requisitos previstos en el numeral 2.1 del artículo 2 del Reglamento de Acceso de TPE (en adelante, REA de TPE), y su remolcador con las condiciones y estándares establecidos en el numeral 2.5 del artículo 2 del REA de TPE.
- ii. IAN TAYLOR, conjuntamente con otro usuario intermedio, han cuestionado las disposiciones contenidas en el REA de TPE aprobado mediante Resolución N° 55-2016-CD-OSITRAN, no solo ante OSITRAN, sino también ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.
- iii. Mediante Resolución N° 0664-2017/CEB-INDECOPI, la referida Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI resolvió, entre otros, declarar barrera burocrática ilegal la restricción de los espacios de amarre disponibles en el amarradero designado en el Terminal Portuario de Paita para la prestación del servicio de remolcaje.
- iv. Si bien la referida resolución fue emitida en primera instancia, permite verificar que se considera como barrera burocrática la restricción de espacios en el amarradero del Terminal Portuario, consecuencia de lo cual, no existe realmente una restricción de n espacios en el referido terminal.
- v. TPE considera que la restricción de espacios se sustenta y resulta compatible con lo previsto en el estudio de maniobras del Terminal Portuario de Paita, el cual dispone que los remolcadores asignados al puerto deben encontrarse en el amarradero permanentemente para la prestación del servicio de remolcaje y ante cualquier emergencia.
- vi. Al respecto, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI consideró que el estudio de maniobras no ha establecido una restricción a efectos de que únicamente hayan dos (2) remolcadores en el amarradero 1-C, sino que dicho documento técnico señaló que en el referido amarradero debían de encontrarse los dos (2) remolcadores necesarios para atender cualquier emergencia que pudiera presentarse en el Puerto de Paita.
- vii. Adicionalmente, según el Informe Técnico Legal N° 007-2017-APN/DOMA/UPS/UAJ emitido por la Autoridad Portuaria Nacional, el plan de emergencia de TPE no restringiría el abarloadamiento de remolcadores a otros remolcadores en el amarradero 1-C, pudiendo abarloadarse más de dos remolcadores en el muelle.
- viii. En ese sentido, si TPE procediera a convocar un procedimiento de subasta, esta no estaría justificada en la medida que la disponibilidad de dos espacios en el amarradero 1-C como única infraestructura para prestar el servicio de remolcaje, no existe realmente.




- ix. A la fecha, se encuentran prestando el servicio de remolcaje en el Terminal Portuario de Paita pese a no tener un contrato de acceso suscrito, en tanto no se pudieron culminar las negociaciones con TPE para suscribir un nuevo contrato. En ese sentido, procedieron a dar por culminado el periodo de negociación, por lo que el 29 de mayo de 2017 solicitaron a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN la emisión de un mandato de acceso, el cual se encuentra pendiente de resolución.
- 3.- Mediante carta del 17 de enero de 2018, TPE señaló que de conformidad con lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, el procedimiento de acceso para brindar el Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Paita se realizaría mediante una subasta, debido a que el Terminal Portuario no tenía la capacidad física para atender las solicitudes presentadas. Al respecto, señaló lo siguiente:
- i. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de OSITRAN regula el mecanismo de subasta aplicable a cualquier caso en el que existan restricciones de uso de la infraestructura y en los que la disponibilidad de la misma no permita atender todas las solicitudes de acceso presentadas.
 - ii. A través de la subasta, se busca asignar la infraestructura escasa y permitir el acceso a la misma a los prestadores de servicios que presenten mejores condiciones para su participación en la cadena logística correspondiente.
 - iii. En esa línea, el Estudio de Maniobras de TPP vigente en sus recomendaciones, señaló que para las maniobras de amarre o desamarre de los muelles N° 1-B y el terminal de contenedores N° 2 serían de necesaria utilización dos remolcadores con un mínimo de 60 Bollard Pull cada uno; precisando que los remolcadores asignados al puerto debían de permanecer en sus amarraderos con constante vigilancia radial y con la dotación de servicio apta para atender cualquier requerimiento, ya sea de maniobras habituales o de emergencia.
 - iv. Dicho Estudio de Maniobras señaló que para garantizar la efectividad y seguridad de las maniobras de buques y operaciones portuarias, el lugar indicado para los remolcadores sería el actual muelle tipo espigón del Puerto Paita (muelle 1-C), el cual se encuentra reservado para el amarre de los dos (2) remolcadores que se constituyen en pieza clave del sistema de respuesta a emergencias del puerto, debiendo de existir una distancia de seguridad apropiada entre estos y las naves que atraquen en el muelle 1-A.
 - v. En tal sentido, señaló que al haber recibido un total de tres (3) solicitudes de acceso como consecuencia de la publicación de la solicitud de acceso de la empresa Svitzer Andino S.A., existiría una limitación de capacidad para atender todas las solicitudes de acceso presentadas, correspondiendo utilizar el mecanismo de subasta.



4.- Con fecha 24 de enero de 2018, IAN TAYLOR interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la carta s/n de fecha 17 de enero de 2018, en base a los siguientes argumentos:

- i. IAN TAYLOR viene prestando el servicio de remolcaje en el Terminal Portuario de Paita desde el año 2011, mediante un contrato de acceso suscrito con TPE. Dicho contrato fue renovado en varias oportunidades habiéndose suscrito un total de 10 adendas de ampliación de plazo, la última de las cuales venció el 30 de junio de 2016, por lo que iniciaron un proceso de negociación con la Entidad Prestadora para la suscripción de la adenda N° 11.
- ii. No obstante, la adenda N° 11 no fue suscrita por discrepancia entre las partes, lo que motivo que se diera por concluida la negociación, iniciando IAN TAYLOR ante OSITRAN un procedimiento para la emisión de un Mandato de Acceso.
- iii. En ese contexto, TPE logró la aprobación por parte de OSITRAN de modificaciones a su Reglamento de Acceso mediante Resolución N° 55-2016-CD-OSITRAN, las cuales se encuentran vigentes desde el 28 de diciembre de 2016. Así, se modificó el primer párrafo del Capítulo II, Sección 2 del Reglamento de Acceso de TPE, tal como puede observarse a continuación:

Texto del reglamento de Acceso de TPE anterior a la modificación	Texto del reglamento de Acceso de TPE modificado mediante Resolución N° 55-2016-CD-OSITRAN
"Este servicio no tiene restricción de uso para la prestación de servicios esenciales, pero sí requiere suscribir un contrato de acceso, de conformidad con el Reglamento de OSITRAN"	"Este servicio no tiene restricción de uso para la prestación de servicios esenciales, <u>siempre que existan espacios de amarre disponibles en el amarradero designado</u> ; y, requiere suscribir un contrato de acceso, de conformidad con el Reglamento de OSITRAN"

- iv. TPE sustentó la modificación señalando que esta resultaba compatible con lo previsto en el estudio de maniobras de TPE, el cual dispone que los remolcadores asignados deben encontrarse en constante vigilancia radial y con la dotación apta para la atención del servicio de remolcaje, por lo que no solo deben cumplir con brindar el referido servicio, sino también con brindar asistencia inmediata en el Puerto de Paita ante cualquier emergencia. En ese sentido, con la modificación introducida al Reglamento de Acceso de TPE, los remolcadores se encuentran obligados a permanecer amarrados a disposición las 24 horas del día, los 365 días del año en los únicos espacios disponibles.
- v. Con fecha 23 de diciembre de 2017, se publicó en el diario la Republica el aviso de la solicitud de Acceso de la empresa Svitzer Andino S.A. para brindar el servicio esencial de 



remolcaje, ocurriendo que luego se presentaron tres solicitudes de acceso, entre las cuales se encontraba la de IAN TAYLOR.

- vi. Debido a las limitaciones de espacio existentes para atender todas las solicitudes de acceso recibidas para brindar el servicio de remolcaje, la Entidad Prestadora dispuso que el mecanismo de asignación de las facilidades esenciales se realice mediante subasta; sustentándose en el hecho de que TEP considera que existiría una restricción válida de espacios de amarraderos disponibles, no siendo posible atender todas las solicitudes de acceso recibidas para brindar dicho servicio.
- vii. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de Acceso de OSITRAN, concordante con el artículo 12 del Reglamento de Acceso de TPE, procede la apelación del mecanismo de asignación de la facilidad esencial cuando la Entidad Prestadora comunique la necesidad de convocar a subasta, si los usuarios estiman que existe infraestructura disponible para atender todas las solicitudes de acceso presentadas.
- viii. Dentro de las razones por las cuales TPE concluye que el mecanismo de asignación de facilidad esencial es el de subasta, se encuentra lo dispuesto en el Estudio de Maniobras de TPE, el cual, según la Entidad Prestadora, indicaría que solo existirían dos espacios disponibles para los remolcadores ubicados en el muelle 1-C, por lo que existiría una restricción de espacios para prestar el servicio de remolcaje.
- ix. Sin embargo, dicha aseveración no tiene sustento técnico y restringe la competencia. Como ya se ha indicado, el primer párrafo del Capítulo II, Sección 2 del Reglamento de Acceso de TPE, señala que el servicio de remolcaje no tiene restricciones de uso para la prestación de servicios esenciales, siempre que existan espacios de amarre disponibles en el amarradero designado; y, requiere suscribir un contrato de acceso de conformidad con el REMA de OSITRAN. Si bien el referido artículo señala que no existen restricciones para prestar el servicio de remolcaje, lo cierto es que sí incluye una restricción, pues únicamente existen dos espacios disponibles de amarre.
- x. Sin embargo, la interpretación que realiza TPE de su REA y de su Estudio de Maniobras, no enerva la existencia de infraestructura disponible para tender las solicitudes de acceso presentadas a TPE, y en razón de ello, la decisión de TPE de convocar a subasta no se justificaría; lo que ha sido sustentado ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI
- xi. Además, conforme se establece en el Informe Técnico Legal N° 007-2017-APN/DIMA/UPS/UJAJ emitido por APN, el Plan de Emergencia de TPE no restringe el abarloadamiento de remolcadores en el amarradero 1-C, pudiendo abarloadarse más de dos



(2) remolcadores en cada uno de los espacios del amarradero. Asimismo, el Estudio de Maniobras no establece en ningún extremo que solo serán dos (2) los remolcadores que se encontrarán en el muelle 1-C; por el contrario, únicamente señala que el muelle puede albergar dos remolcadores, sin indicar que estos sean los únicos que puedan estar amarrados en el muelle.

- xii. El objetivo previsto en el Estudio de Maniobras está relacionado con la necesidad de contar con remolcadores siempre disponibles para brindar asistencia inmediata ante cualquier tipo de emergencia, no resultando lógico que exista una restricción de espacios, si lo que se desea es que exista la mayor cantidad de remolcadores posible.
- xiii. Al no encontrarse una regulación expresa en donde se indique tal restricción ni mucho menos sustento técnico para sustentar ello, las modificaciones aprobadas por OSITRAN con relación a la restricción de espacios carece de justificación.
- xiv. Al respecto, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI concluyó que la modificación prevista en el Reglamento de Acceso de TPE que genera la exigencia a los remolcadores de permanecer 24 horas y de manera permanente amarrados al muelle, así como la restricción de los espacios de amarre disponibles en el amarradero designado en el Terminal Portuario de Paita para la prestación de servicio de remolcaje; constituye una barrera burocrática ilegal.
- xv. Asimismo, la Comisión señaló que del Estudio de Maniobras no se desprende la existencia de ninguna restricción en los espacios en los que deben encontrarse los amarraderos, ni tampoco sustenta por qué la capacidad de los mismos debe ser limitada.
- xvi. Por lo expuesto, no existe evidencia que justifique la restricción de espacios en el Amarradero 1-C, pues el Estudio de Maniobras no exige tal exclusividad, basándose dicha restricción en una interpretación sesgada que realiza TPE de lo previsto en su REA y el Estudio de Maniobras; no correspondiendo que el procedimiento de acceso a la facilidad esencial se realice mediante subasta, debiendo TPE atender todas las solicitudes presentadas mediante el mecanismo de negociación directa, pues existe infraestructura disponible que permite el acceso de más de dos remolcadores.

5.- El 31 de enero de 2018, TPE elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, señalando lo siguiente:

- i. En el presente caso, IAN TAYLOR pretende cuestionar la vigencia y aplicación del Reglamento de Acceso de TPE, así como la decisión de OSITRAN de aprobar dicho reglamento, hecho que determina la improcedencia del recurso de apelación formulado.



Asimismo, la decisión de INDECOPI a la cual hace referencia, ha sido emitida en primera instancia, por lo que el REA de TPE se encuentra vigente.

- ii. El Reglamento de Acceso de TPE establece que el servicio de remolcaje no tiene restricciones de uso para la prestación de Servicios Esenciales, siempre que existan espacios de amarre disponibles en el amarradero designado. En ese sentido, en caso TPE verifique la existencia de un número de solicitudes de acceso mayor al número de espacios disponibles en el amarradero designado, deberá utilizar el mecanismo de subasta para asignar la infraestructura en base a los principios de plena información y libre competencia.
 - iii. Si bien IAN TAYLOR ha calificado el mecanismo de subasta como un procedimiento irracional, de acuerdo a lo regulado en el REMA, se trata de un mecanismo aplicable a cualquier caso en el que existan restricciones de uso de la infraestructura y en los que la disponibilidad de la misma no permita atender todas las solicitudes de acceso presentadas. Dicho mecanismo de subasta incentiva la competencia por el mercado en base a reglas transparentes y consistentes con los principios de libre acceso, libre competencia y promoción de la inversión privada. En ese sentido, a través de la subasta se busca asignar la infraestructura escasa y permitir el acceso a la misma a los prestadores de servicios más eficientes, que presenten las mejores condiciones para su participación en la cadena logística correspondiente.
- 6.- El 22 de febrero de 2018, TPE presentó un escrito señalando que no asistiría al informe oral programado para el día 23 de febrero de 2018 por el TSC, en la medida que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI había otorgado las apelaciones interpuestas por TPE y OSITRAN contra la Resolución N° 0664-2017/CEB-INDECOPI, en el extremo que dispuso la inaplicación de la restricción de los espacios de amarre disponibles para la prestación del servicio de remolcaje sin efecto suspensivo; de lo que se desprendía que carecía de objeto manifestar oralmente su posición sobre la procedencia de la subasta.
- 7.- Con fecha 23 de febrero de 2018, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de IAN TAYLOR, el cual señaló lo siguiente:
- i. El Estudio de Maniobras no establece la existencia de restricciones de espacio en el Terminal Portuario, como erradamente ha señalado TPE, sino que por el contrario, dicho estudio no limita o impide el abarloadamiento de los remolcadores u otras formas de amarre, maniobras que son usuales en otros terminales y que permiten más de dos (2) remolcadores en el amarradero o en el terminal.



- ii. En ese sentido, en el presente caso debe tenerse en cuenta el hecho de que sí existe infraestructura disponible para atender todas las solicitudes de acceso presentadas, correspondiendo realizar una negociación directa y no el mecanismo de subasta.
- iii. La Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI determinó que en la restricción contenida en el REA de TPE, según la cual solo podían existir dos (2) remolcadores en el amarradero, era una barrera burocrática, no habiéndose tomado en consideración otras formas de utilización del espacio portuario que resultaban posibles en el Terminal Portuario, como por ejemplo el abarloomiento.
- iv. La resolución de la Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI resulta vinculante en la medida que ha sido emitida sin efecto suspensivo, lo que implica que el mandato del INDECOPI a TPE para reorganizar el proceso de asignación de puntos de amarradero es de aplicación inmediata.
- v. En el puerto de Paita no pueden existir únicamente dos (2) puntos de amarradero, pues bajo el mandato del INDECOPI, tienen que habilitarse más espacios de atraque de los remolcadores.
- vi. En concordancia con lo resuelto por el INDECOPI, la Autoridad Portuaria Nacional ha señalado que el Plan de Emergencia no restringe el abarloomiento de los remolcadores acoderados en el amarradero 1 C, pudiendo abarloomarse más de dos (2) remolcadores en cada uno de los espacios del amarradero.
- vii. Se debe tener en cuenta que no asignar el acceso a los solicitantes mediante negociación directa supone una grave afectación a los derechos de los usuarios intermedios, lo que perjudica gravemente el principio de competencia previsto en el literal d) del artículo 8 del REMA de OSITRAN.

II. EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 8.- De conformidad con el numeral 12 del Reglamento de Acceso de TPE (en adelante, REA de TPE)¹, concordante con el artículo 64 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN (en lo sucesivo, REMA de OSITRAN), el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es

¹ Reglamento de TPE

12. Apelación del mecanismo de asignación de la Facilidad Esencial

En caso que Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. comunique que es necesario convocar a una subasta, cualquier solicitante que estime que la infraestructura disponible es suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar dicha decisión ante Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. Para tal efecto, el solicitante contará con un plazo máximo de cinco (5) días contados desde la fecha en la que recibió la apelación antes señalada.

(...)



de cinco (5) días desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar, en este caso la comunicación referida a la convocatoria a Subasta.

9.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La decisión de TPE través de la carta s/n de fecha 17 de enero de 2018 fue notificada a IAN TAYLOR en dicha fecha.
- ii.- El plazo máximo que IAN TAYLOR tuvo para impugnar la decisión de TPE venció el 24 de enero de 2018.
- iii.- IAN TAYLOR presentó su escrito de impugnación el 24 de enero de 2018, esto es, dentro del plazo legal.

10.- Por otra parte, con relación a la procedencia del recurso presentado, el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) establece lo siguiente:

"Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

- 11.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218 de la LPAG, al impugnar cuestiones de puro derecho dentro del procedimiento del Mecanismo de Acceso para la prestación de servicios esenciales de remolcaje.
- 12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre el acceso a las facilidades esenciales y las funciones de OSITRAN

13.- Los puertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural² dentro de su zona de influencia. Es por ello que a través de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión

² "Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo." Breyer, Stephen. "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma" En: Themis. N° 52. p. 10. "(...) es común que existan actividades con características de monopolio natural, al menos en algunas de las etapas de la producción. El que una



Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, se otorgó la competencia a OSITRAN para regular y supervisar este tipo de infraestructuras.

- 14.- Algunos de los servicios que se brindan dentro del puerto, tienen tarifas reguladas y supervisadas por el regulador. Sin embargo, existen otros servicios que son brindados por terceros, como es el caso del servicio de remolcaje, el cual es considerado como servicio esencial y que requiere, necesariamente, hacer uso de infraestructura portuaria considerada como una facilidad esencial.
- 15.- El OSITRAN, en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa³, regula el acceso a las facilidades esenciales en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, entre ellas, la portuaria.
- 16.- Al respecto, el literal d) del artículo 5 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, establece como uno de los objetivos de OSITRAN lo siguiente:

"Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales..."

- 17.- Asimismo, el literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala como una de las principales funciones del OSITRAN la siguiente:

"Cautelar el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura".

- 18.- A efecto de cumplir con las funciones asignadas legalmente, el OSITRAN aprobó el REMA, que de conformidad con sus artículos 4 y 5, establece las reglas, principios y procedimientos legales,

industria tenga características de monopolio natural significa que se puedan producir los distintos niveles de producto a menor costo si se producen por una sola firma que si se produce por dos o más firmas. Esta propiedad de la tecnología se denomina la subaditividad de la función de costos". PAREDES, Ricardo y SÁNCHEZ, José Miguel. "Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación". 1999. p.8.

³ Ley 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

c) **Función Normativa:** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."



técnicos y económicos que rigen el acceso a las facilidades esenciales, los cuales tienen por finalidad generar bienestar a los usuarios por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtengan resultados similares a los de una situación competitiva.

19.- Ahora bien, el artículo 7 del REMA define al Acceso como:

"(...) el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística".

20.- De otro lado, el artículo 8 del REMA define los distintos principios que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial y que deben ser aplicados al momento de sustentar y establecer criterios de celebración y contenido de los Contratos de Acceso. Dichos principios son los siguientes:

- a) **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 REMA.
- b) **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. Los contratos entre la Entidad Prestadora y su filial o empresa vinculada deben convertirse en parámetro para contratar con los operadores no vinculados a ella, en lo que sea favorable a estos últimos.*
- c) **No discriminación:** *Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.*
- d) **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) **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) **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) *Oportunidad: Los plazos para el cumplimiento de procedimientos y la ejecución de obligaciones, no establecidos en el REMA, 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”.*

(Subrayado añadido)

- 21.- Como se aprecia de las normas citadas, a través del REMA se regula el fenómeno económico relativo a la utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios, las cuales resultan indispensables para la prestación de los servicios considerados esenciales en la cadena logística del transporte; procurando generar competencia o la utilización de mecanismos de mercado que permitan simular una situación competitiva.
- 22.- Asimismo, el REMA establece los procedimientos mediante los cuales se regula el procedimiento por el cual los usuarios pueden solicitar el acceso a las facilidades esenciales a fin de que éstos brinden servicios esenciales, procedimiento que no solo es de cumplimiento obligatorio de dichos usuarios sino también de las Entidades Prestadoras que operan las infraestructuras en condiciones de monopolio natural, como ocurre en este caso con TPE.

Sobre la decisión de TPE

- 23.- Sobre el particular, es importante recordar que los artículos 54, 55 y 58 del REMA de OSITRAN prescriben lo siguiente.

"Artículo 54.- Plazo para responder a la Solicitud de Acceso.

La Entidad Prestadora contará con un plazo máximo de quince (15) días para evaluar la Solicitud de Acceso y dar respuesta a la misma. De no dar respuesta a la Solicitud de Acceso en el plazo señalado, se entenderá que la Entidad Prestadora considera que la solicitud es procedente”.

Artículo 55.- Publicación de la Solicitud de Acceso.

Cuando la Solicitud de Acceso es declarada procedente, la Entidad Prestadora deberá publicar un aviso con el extracto de esta solicitud, en un plazo máximo de cinco (05) días, contados a partir de la fecha de notificación de esta declaración o del vencimiento del plazo establecido en el artículo anterior. Dicha publicación deberá realizarse en el Diario Oficial El Peruano o en otro diario de mayor circulación nacional o local en la que se encuentra ubicada la infraestructura. Asimismo, el referido aviso deberá difundirse en la página Web de la Entidad Prestadora.

Se concederá un plazo de diez (10) días contados desde la fecha de la última publicación del aviso a que se refiere el párrafo anterior, para que cualquier interesado en contar con Acceso a la misma



infraestructura pueda presentar una solicitud señalando su interés por brindar el mismo Servicio Esencial.

La Entidad Prestadora podrá publicar en un mismo aviso información relativa a más de una Solicitud de Acceso para una o varias infraestructuras; siempre y cuando se cumplan con los plazos establecidos. En el caso de los Servicios Esenciales que no enfrentan restricciones a la disponibilidad de uso de infraestructura calificada como Facilidad Esencial, de conformidad con lo que establece el literal a) del Artículo 14 del presente Reglamento, no será necesario realizar la publicación de la solicitud de acceso a que se refiere el presente artículo. En tal caso, las partes iniciarán la negociación directa en el plazo establecido en el artículo 58 del presente Reglamento.

El incumplimiento de estas obligaciones será considerado como infracción, y por tanto está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

Artículo 58.- Notificación del mecanismo de Acceso.

Concluido el plazo para la presentación de nuevas solicitudes, la Entidad Prestadora cuenta con un plazo máximo de cinco (5) días para notificar a los solicitantes si el procedimiento de Acceso a la Facilidad Esencial se realizará mediante una negociación directa o subasta, según la disponibilidad de infraestructura y el número de solicitudes recibidas. En el caso de subastas, dicha comunicación deberá acreditar las razones y fundamentos por los que la Entidad Prestadora estima que no está en capacidad de atender todas las solicitudes de Acceso.

(...)

El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones

(Subrayado y resaltado añadido)

- 24.- Conforme se observa, dentro de procedimiento de acceso, una vez presentadas las solicitudes respectivas, la Entidad Prestadora tendrá la facultad de analizar si en dicho procedimiento se cuenta con todas las condiciones para atender las solicitudes de manera conjunta, para lo cual corresponderá iniciar un proceso de negociación directa con los usuarios solicitantes. Por otro lado, si la referida Entidad Prestadora advirtiese la existencia de una limitación en la disponibilidad de infraestructura en la cual se ha requerido el acceso, ésta podrá optar por el mecanismo de subasta, no obstante, de adoptar esta decisión deberá expresar claramente cuáles son las razones y fundamentos que sustentan su aplicación.
- 25.- En el presente caso, se presentaron tres (3) solicitudes de acceso para la prestación del servicio de remolcaje, entre ellas la de IAN TAYLOR, motivo por el cual TPE indicó que en atención a lo señalado en el documento denominado Estudio de Maniobras, emitida por la Autoridad Marítima,





existía una falta de disponibilidad de infraestructura que impedía poder atender dichas solicitudes, correspondiendo así aplicar el mecanismo de subasta.

- 26.- Con relación al Estudio de Maniobras citado por TPE, resulta necesario analizar su naturaleza y los alcances que este tendría, atendiendo a las disposiciones que regulan el acceso a las facilidades esenciales bajo competencia de OSITRAN.
- 27.- Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 9 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1147, Decreto Legislativo que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas (en lo sucesivo, DICAPI), se establece que es facultad de la Autoridad Marítima Nacional, evaluar y aprobar los estudios de maniobras para las instalaciones en el medio acuático.
- 28.- En efecto, lo señalado en el párrafo anterior guarda relación con lo establecido en el artículo 691 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2014-DE, el cual señala que las instalaciones portuarias, amarraderos a boyas o unidades flotantes de almacenamiento, carga y descarga de hidrocarburos, gases y sustancias químicas, deben contar con un estudio de maniobras acorde a sus características particulares y las condiciones climáticas del área, el cual es evaluado y aprobado por la DICAPI⁴.
- 29.- De conformidad con el documento denominado Anexo "A"- Procedimientos y Exigencias Técnicas para la Elaboración, Tramitación y Aprobación de los Estudios de Maniobras que efectúa una nave para ingresar, permanecer y salir de una instalación acuática, aprobado mediante Resolución Directoral N° 1314-2016-MGP-DGCG; dichos Estudios de Maniobras son aquellos documentos técnicos que contienen las descripciones de detalle y justificación técnica de seguridad de las maniobras que debe de efectuar una nave de características específicas para su aproximación, fondeo, permanencia, atraque, desatraque amarre o desamarre en una instalación, determinando las restricciones existentes en directa relación con la seguridad de navegación, elementos de apoyo para la maniobra e instalaciones afectadas.
- 30.- Dicho esto, se desprende que la finalidad del Estudio de Maniobras es la de establecer los parámetros que deberán cumplir ciertas naves en el ejercicio de una actividad dentro de un espacio o instalación acuática.

⁴ Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas.

Artículo 691.- Estudio de maniobras

Las instalaciones portuarias, amarraderos a boyas o unidades flotantes de almacenamiento, carga y descarga de hidrocarburos, gases y sustancias químicas, deben contar con un estudio de maniobras acorde a sus características particulares y las condiciones climáticas del área, el cual es evaluado y aprobado por la Dirección General.



31.- Ahora bien, para el caso de las actividades vinculadas a los remolcadores que se encuentren dentro de las instalaciones del Terminal Portuario de Paita, el Estudio de Maniobras de TPE, aprobado mediante Resolución Directoral N° 0846-2015-MGP/DGCG, recomendó lo siguiente:

2. Recomendaciones.

Para las maniobras de amarre o desamarre de los muelles No.1-B y el terminal de contenedores No. 2, será de necesaria utilización dos remolcadores con un mínimo de 60 Bollard Pull cada uno.

Esto es en atención a las constantes rachas de vientos fuertes que se experimentan en el puerto.

Es de necesaria atención que las naves porta-contenedores cuentan con una gran área lateral expuesta al viento, máxime si tienen contenedores estibados sobre cubierta.

Los remolcadores asignados al puerto deberán permanecer en sus amarraderos con constante vigilancia radial y con la dotación de servicio apta para atender cualquier requerimiento ya sea de maniobras habituales o emergencias.

2.2 Razones por las cuales se requiere el uso de remolcadores en los Puertos

- Esencial para garantizar la efectividad y seguridad de las maniobras de buques y operaciones portuarias. Es necesario que los remolcadores que forman parte del Plan de Emergencia del Terminal Portuario Euroandinos, se encuentran disponibles y amarrados en una ubicación que puedan brindar una asistencia inmediata. El lugar indicado para estos remolcadores será en el actual muelle tipo espion del Puerto de Paita (muelle 1C). Esta ubicación se encuentra reservada para el amarre de estos dos (2) remolcadores que son pieza clave del sistema de respuesta a emergencias del puerto. Deberá existir una distancia de seguridad apropiada entre éstos y las naves que atraquen en el muelle 1A.

32.- De una lectura de estas disposiciones se evidencia que su única finalidad fue la de establecer las condiciones técnicas operativas y de seguridad que deberán adoptar y cumplir los remolcadores a fin de que puedan prestar sus servicios dentro del espacio acuático ubicado en las instalaciones del Terminal Portuario.

33.- Como se puede apreciar, se establece que la cantidad de remolcadores requerida para la atención de naves es de dos (2), así como que ambos remolcadores se encuentren disponibles y amarrados de manera que puedan brindar una asistencia inmediata.



- 34.- No obstante, del Estudio de Maniobras no se desprende que el tipo de amarre que estos dos (2) remolcadores deberán de cumplir, se refiera únicamente al amarre directo a la infraestructura física del Puerto y no a otro tipo de amarre, pues ello no se encuentra definido en dicho estudio.
- 35.- En ese sentido, la interpretación de esta disposición realizada por TPE consistente en que en el muelle 1-C únicamente pueden estar amarrados dos (2) remolcadores, no solo carece de soporte técnico por la razón expuesta precedentemente, esto es, que el Estudio de Maniobras no señala ello; sino también por el hecho de que la finalidad del Estudio de Maniobras, no es la de regular los espacios o determinar la capacidad con la que cuenta la infraestructura portuaria, cuestiones que no son de competencia de la DICAPI.
- 36.- Cabe señalar que el Estudio de Maniobras tampoco está destinado a establecer qué cantidad de operadores son los que podrán cumplir con las disposiciones establecidas en ella, pues únicamente regula las características de la actividad y los estándares de seguridad que deberán de cumplir quienes deseen brindar el servicio esencial de remolcaje.
- 37.- En este punto, cabe recordar que el artículo 18 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN establece cuáles son los requisitos que las Entidades Prestadoras deben de requerir a los usuarios al momento de evaluar sus solicitudes de acceso a facilidades esenciales, como se aprecia a continuación:

"Artículo 18.- Requisitos para el Acceso a las Facilidades Esenciales.

Las Entidades Prestadoras podrán exigir a los solicitantes del Acceso los siguientes requisitos, los cuales no deberán constituir barreras al Acceso:

- a) *Requisitos que se debe cumplir para otorgar el derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, de acuerdo a lo que estipule la legislación aplicable y los respectivos contratos de concesión. Por tanto, no podrán en modo alguno afectar las disposiciones del presente Reglamento.*
- b) *Requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios, y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras, que deberán estar en concordancia con las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Entidad Prestadora podrá incorporar en su Reglamento de Acceso estos requisitos de manera explícita, o podrá hacer referencia a las normas que los contengan.*

Los requisitos no establecidos en las disposiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ser razonables o deben ajustarse a estándares establecidos internacionalmente. OSITRAN presumirá que tales exigencias son razonables cuando se demuestren que son prácticas comerciales ordinarias. La Entidad Prestadora deberá acreditar la razonabilidad de toda exigencia por encima de tales estándares, la que deberá estar debidamente justificada por las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso deben constituir barreras al Acceso.



c) Pólizas de seguro y garantías requeridas, que deberán ser razonables en atención a la naturaleza y riesgos del servicio involucrado. OSITRAN podrá evaluarlas de modo tal de aprobar la razonabilidad de la cobertura y nivel de garantías exigidas. Para tal evaluación, podrán usarse como parámetros las prácticas comerciales ordinarias para actividades o servicios similares, entre otros elementos."

- 38.- La exigencia de los referidos requisitos obedece a la naturaleza de las operaciones que se realizan en las infraestructuras de transporte, las cuales requieren de un alto grado de especialización por parte de los operadores, a fin de garantizar la seguridad en la ejecución de las operaciones en las referidas infraestructuras. Por su parte, la exigencia de garantías obedece a la necesidad de cubrir posibles daños en el eventual supuesto de que ocurran incidentes que puedan causar perjuicios a los usuarios de las infraestructuras o a sus instalaciones, garantizando de esta manera la continuidad de las operaciones.
- 39.- En tal sentido, los requisitos exigidos por el REMA de OSITRAN y los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras son establecidos con un criterio de razonabilidad, teniendo en cuenta el grado de especialización necesaria para poder prestar el servicio especial y cuidando que tales exigencias no sean desproporcionadas y terminen actuando como una barrera de entrada al mercado.
- 40.- Consecuentemente, como parte del rol de conductor del procedimiento, correspondía a TPE realizar una evaluación de todos los aspectos técnicos, comerciales, de disponibilidad de infraestructura, entre otros, a fin de determinar si efectivamente puede conceder el acceso, cautelando que el usuario solicitante cumpla con todos los estándares necesarios para la prestación de un servicio especializado.
- 41.- Siendo esto así, este Tribunal considera que el Estudio de Maniobras invocado por TPE no configura un sustento técnico que justifique la imposibilidad de atender las tres (3) solicitudes de acceso presentadas, de lo que se desprende que no se ha acreditado de manera técnica que el Terminal Portuario carezca de la capacidad, en cuanto a disponibilidad de infraestructura se refiere, para brindar el servicio esencial de remolcaje a los tres (3) operadores solicitantes del acceso al terminal portuario.
- 42.- Cabe agregar que IAN TAYLOR ha señalado que mediante Resolución N° 0664-2017/CEB-INDECOPI, la Comisión de Barreras Burocráticas del INDECOPI declaró que constituye una barrera burocrática ilegal el artículo 2, del capítulo 2 del Reglamento de Acceso de TPE, el cual establecería la restricción de los espacios de amarre en el Terminal Portuario de Paita.
- 43.- Debe añadirse que apelada esta decisión, mediante Resolución N° 93-2018/CEB-INDECOPI, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI concedió dicho recurso sin efectos



suspensivos, por lo que la restricción de espacios de amarre en el muelle 1-C resultó inaplicable desde que dicha Comisión la declaró una barrera burocrática.

- 44.- Cabe resaltar que en el presente procedimiento, este Tribunal se ha circunscrito a realizar un análisis relacionado a la existencia o no de justificación técnica o legal en la decisión de TPE de aplicar el mecanismo de subasta en lo que refiere a la disponibilidad de infraestructura para brindar el servicio esencial de remolcaje a los tres (3) operadores solicitantes del acceso al Terminal Portuario, habiendo concluido que ni del Estudio de Maniobras de DICAPI, ni del expediente, emanaba tal justificación. En ese sentido, la materia sobre la cual se ha pronunciado este Tribunal resulta distinta a aquella sobre la cual se ha pronunciado la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi
- 45.- Atendiendo a lo expuesto a lo largo de la presente resolución, en la medida que TPE no ha justificado de manera técnica y legal las razones por las cuales decidió aplicar en el presente procedimiento de acceso el mecanismo de subasta, corresponde revocar la decisión contenida en la carta s/n de fecha 17 de enero de 2018; y, en consecuencia, que dicha Entidad Prestadora cumpla con seguir el procedimiento de negociación directa establecido en el artículo 58 del REMA de OSITRAN.
- 46.- Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 53⁵ y del inciso 7 del artículo 11⁶ del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Gerencia General del OSITRAN copia de la presente resolución.

En virtud de los considerandos precedentes;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la carta s/n de fecha 17 de enero de 2018 emitida por TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A., mediante la cual se determinó a la

⁵ ROF del OSITRAN

Artículo 53.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Son funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, las siguientes:

(...)

6. Velar por el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, conducir los procedimientos para la aprobación de los reglamentos de acceso de las entidades prestadoras y de emisión de mandatos de acceso que correspondan ser aprobados por el Consejo Directivo, en coordinación con los órganos del OSITRAN competentes, en caso corresponda, así como formular las bases para la subasta para el acceso a la facilidad esencial en las infraestructuras de transporte de uso público de competencia del OSITRAN;

(...)

⁶ ROF del OSITRAN

Artículo 11.- Funciones de la Gerencia General

Son funciones de la Gerencia General, las siguientes:

(...)

7. Gestionar, coordinar y supervisar el funcionamiento de los órganos del OSITRAN.

(...)



subasta como mecanismo de asignación de la Facilidad Esencial para las solicitudes de acceso para la prestación del servicio de Remolcaje; y en consecuencia, ORDENAR que se inicie el procedimiento de negociación directa con IAN TAYLOR S.A.C., con arreglo a lo establecido en el artículo 58 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a IAN TAYLOR S.A.C. y a TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A. la presente resolución.

TERCERO.- PONER EN CONOCIMIENTO de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de la Gerencia General del OSITRAN copia de la resolución emitida en el expediente N° 40-2018-TSC-OSITRAN.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN