

EXPEDIENTE N° : 175-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : EMPRESA MARÍTIMA DEL PERÚ S.A.C.

ENTIDAD PRESTADORA : TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A.

ACTO APELADO : Decisión contenida en la carta N° 058-2018-TISUR-GG

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 28 de noviembre de 2018

SUMILLA: *Corresponde revocar la decisión contenida en la carta N° 058-2018-TISUR-GG, al verificarse que no corresponde aplicar al procedimiento de acceso en discusión, la eslor máxima prevista en el Estudio de Maniobras de TISUR, sino más bien la consignada en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora; correspondiendo atender la solicitud de acceso presentada por Empresa Marítima del Perú S.A.C. al cumplirse con los requisitos técnicos mínimos establecidos en el referido reglamento.*

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MARÍTIMA DEL PERÚ S.A.C. (en adelante, EMPRESA MARÍTIMA o la apelante) contra la decisión contenida en la Carta N° 058-2018-TISUR-GG emitida en el expediente N° 187129 por TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A. (en lo sucesivo, TISUR o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 03 de julio de 2018, EMPRESA MARÍTIMA presentó un escrito mediante el cual solicitó a TISUR otorgamiento de acceso a fin de brindar el servicio esencial de remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani, manifestando que acreditaba el cumplimiento de los requisitos establecidos en el numeral 2.2.1 del Capítulo II, así como aquellos comprendidos en el numeral 4.1.1 del Capítulo IV del Reglamento de Acceso de TISUR.
- 2.- Mediante Carta N° 054-2018-TISUR-GG notificada el 23 de julio de 2018, TISUR denegó la solicitud de otorgamiento de acceso formulado por EMPRESA MARITIMA, argumentando lo siguiente:

- i.- Conforme al artículo 3 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA), son condiciones de acceso aquellos requisitos establecidos como obligatorios para otorgar el acceso, encontrándose comprendidos dentro de ellos, los requisitos técnicos o de seguridad.
 - ii.- El numeral 1.3 del Reglamento de Acceso vigente de TISUR establece que resulta aplicable a las solicitudes de acceso, la Resolución Acuerdo de Directorio N° 008-2011 APN/DIR, mediante la cual se aprobó la norma técnica para la prestación del servicio de remolcaje.
 - iii.- El artículo 10 de la mencionada Resolución establece que el administrador del puerto tiene la obligación de verificar que el servicio de remolcaje brindado dentro de sus instalaciones se efectúe conforme a lo establecido en dicha Resolución, así como en concordancia con las recomendaciones de su Estudio de Maniobras aprobado mediante Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG de fecha 17 de abril de 2018.
 - iv.- En dicho Estudio de Maniobras se indicó que los remolcadores que pretendan prestar el servicio de remolcaje dentro del Terminal deben contar con un *bollard Pull* de 55 toneladas cada uno y con una eslora máxima de 27 metros. Sin embargo, los remolcadores de EMPRESA MARITIMA, es decir, R/M VB VELOZ y R/M VB GLORIOSO, cuentan con 32.83 y 31.50 metros de eslora, respectivamente.
- 3.- Con fecha 27 de julio de 2018, EMPRESA MARITIMA presentó recurso de reconsideración señalando lo siguiente:
- i.- TISUR no ha tomado en cuenta que mediante Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG de fecha 26 de junio de 2018, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (en adelante, DICAPI) dispuso la corrección de oficio de la Resolución que aprobó el Estudio de Maniobras, esta es, de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG, eliminando las restricciones referidas a la dimensión máxima de la eslora de los remolcadores.
 - ii.- En los considerandos de la referida resolución se indicó que la corrección obedecería a un error material, motivo por el cual los remolcadores R/M VB VELOZ y R/M VB GLORIOSO sí cumplían con los requisitos técnicos exigidos en el Estudio de Maniobras, no existiendo razón alguna para la denegatoria de su solicitud de acceso.
- 4.- Mediante Carta N° 058-2018-TISUR-GG notificada el 03 de agosto de 2018, TISUR resolvió el recurso de reconsideración confirmando la denegatoria de acceso bajo los mismos argumentos ya señalados, agregando lo siguiente:
- i.- TISUR sí ha tomado en consideración lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG, precisando que esta únicamente suprimió la medida de la eslora máxima del contenido del numeral 5 del Anexo I de la Resolución Directoral N° 0443-2018-

MGP/DGCG que aprobó el Estudio de Maniobras, pues en dicho numeral solo se hace referencia al *bollard Pull* y no a la eslora de los remolcadores.

- ii.- Asimismo, según el artículo 2 de la mencionada Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG los demás extremos de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG subsisten, razón por la cual los requerimientos establecidos en el numeral 3.1.1 de la Sección III Conclusiones, Recomendaciones y Restricciones del referido Estudio sí resultan exigibles, encontrándose dentro de ellos, la medida máxima de 27 metros que debe tener la eslora de los remolcadores.
 - iii.- En el presente caso, los remolcadores R/M "VB VELOZ" y "VB GLORIOSO" cuentan con 32.83 y 31.50 metros de eslora respectivamente, evidenciándose que no cumplen con la medida máxima requerida para operar en el Terminal Portuario de Matarani.
- 5.- Con fecha 16 de agosto de 2018, EMPRESA MARITIMA presentó recurso de apelación indicando lo siguiente:
- i.- La justificación de TISUR para denegarles el acceso no es válida, pues contraviene lo dispuesto por la Autoridad Marítima quien a través de una decisión expresa eliminó la restricción vinculada con la medida máxima de la eslora de los remolcadores.
 - ii.- La Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG que aprobó el Estudio de Maniobras también aprobó un Cuadro Resumen (Anexo I), el cual vincula a la entidad prestadora y los usuarios en la medida que establece las condiciones técnicas para realizar operaciones en el Terminal; no obstante, TISUR pretende desconocer la eliminación de la eslora máxima por falta de justificación técnica del referido Cuadro Resumen.
 - iii.- La postura asumida por TISUR vulnera sus derechos constitucionales a la libre contratación y participación en la economía consagrados en los incisos 14 y 17 del artículo 2 de la Constitución, constituyendo un ejercicio abusivo de su posición de dominio y el control de facilidades esenciales dentro del Terminal Portuario.
- 6.- El 22 de agosto de 2018, TISUR elevó el expediente administrativo al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos, reiterando los argumentos descritos a lo largo del procedimiento agregando lo siguiente:
- i.- Mediante Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG se corrigió un error material contenido en numeral 5 del Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG que aprobó el Estudio de Maniobras; sin embargo, no se suprimió el requerimiento relacionado a la dimensión máxima de la eslora por falta de justificación técnica como sostiene EMPRESA MARITIMA.
 - ii.- La denegatoria de la solicitud de acceso no vulnera los derechos constitucionales alegados por EMPRESA MARITIMA, toda vez que como entidad prestadora tiene la responsabilidad

de verificar que el servicio de remolcaje se brinde conforme a las reglas técnicas y de seguridad.

- 7.- El 13 de septiembre de 2018 se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia de ambas partes, quedando la causa al voto.
- 8.- Con fecha 20 de septiembre de 2018, EMPRESA MARITIMA presentó un escrito de alegatos finales reiterando los argumentos sostenidos a lo largo del procedimiento, añadiendo lo siguiente:
 - i.- La solicitud de acceso presentada por EMPRESA MARITIMA cumplió con los requisitos previstos en Reglamento de Acceso de TISUR, aprobado mediante Resolución N° 007-2013-CD-OSITRAN, en el cual se estableció expresamente como requisito técnico para los remolcadores contar con una eslora máxima de 36 metros.
 - ii.- Los remolcadores R/M "VB VELOZ" y "VB GLORIOSO" cuentan con 32.83 y 31.50 metros de eslora respectivamente, por lo que cumplen con el requisito relacionado a la medida de la eslora máxima.
 - iii.- Con relación al contenido del Estudio de Maniobras, manifestaron que a través de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG, la DICAPI dispuso la aprobación del Estudio de Maniobras del Terminal Portuario; no obstante, en virtud de que era un documento descriptivo y no normativo aprobó un Cuadro Resumen del Estudio de Maniobras, el cual recoge aquellos elementos del referido Estudio que a consideración de la DICAPI son vinculantes.
 - iv.- El referido Cuadro Resumen es un documento vinculante que establece las restricciones aplicables a las maniobras en el Terminal Portuario, el cual no incluye el Estudio de Maniobras; en caso contrario, si la intención de la Autoridad hubiese sido dotar de fuerza vinculante al referido Estudio no habría dispuesto la aprobación del Cuadro Resumen, ni habría precisado que las maniobras se encuentran sujetas a lo establecido en este, tal como se dispuso en el artículo 2 de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG.
 - v.- El Estudio de Maniobras es contradictorio pues comprende tres medidas distintas para la boca de entrada del Terminal, siendo estas ciento ochenta (180), ciento cuarenta y cinco (145) y ciento veinte (120) metros según lo indicado en el referido Estudio.
 - vi.- Si bien en la audiencia de vista de la causa, el representante de TISUR manifestó que la razón técnica que justificó la reducción de las dimensiones de los remolcadores que ingresan al Terminal Portuario era el constante incremento en las dimensiones de los buques; lo cierto es que en los últimos años las dimensiones de las esloras y mangas máximas y promedio de buques no han sufrido variaciones sustanciales, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N°1

No.	Mes	Naves	Eslora Max	Manga Max	Eslora Prom	Manga rem
1	Ene-17	32	199.99	32.26	177.02	28.12
2	Feb-17	39	199.99	32.26	173.63	27.71
3	Mar-17	42	199.99	32.26	169.31	27.11
4	Abr-17	39	199.99	32.26	167.43	26.40
5	May-17	39	199.99	32.26	171.33	26.98
6	Jun-17	33	199.99	32.26	171.07	28.16
7	Jul-17	37	199.99	32.26	167.36	26.80
8	Ago-17	37	199.99	32.26	169.66	27.41
9	Set 17	44	199.99	32.26	169.95	27.84
10	Oct-17	33	210.00	36.00	167.93	27.16
11	Nov-17	41	199.99	32.26	172.20	27.94
12	Dic-17	36	199.99	32.26	173.80	27.50
13	Ene-18	36	199.99	32.26	170.17	27.67
14	Feb-18	29	199.99	32.26	168.68	27.31
15	Mar-18	51	199.99	32.26	171.55	27.68
16	Abr-18	27	189.99	32.26	164.78	26.62
17	May-18	43	199.99	32.26	164.34	26.82
18	Jun-18	35	204.34	32.26	170.34	27.85
19	Jul-18	36	204.34	32.26	174.57	27.59
20	Ago-18	37	204.34	32.26	172.97	27.61

Fuente: APN (Programación de Arribo y Zarpe)

vii.- Asimismo, los remolcadores cuentan con sistemas de propulsión que les permiten realizar maniobras en espacios reducidos, por lo que sus dimensiones no constituyen una limitación para la prestación del servicio de remolcaje; por el contrario, lo determinante es su nivel de potencia o *bollard pull*, el cual determina la seguridad de la maniobra de remolcaje, pues la pérdida de potencia durante la maniobra de ingreso o salida del Terminal podría generar la pérdida de control en la dirección del buque.

viii.- Adjuntaron un Cuadro de los Estudios de Maniobras aprobados por la DICAPI durante los años 2017 y 2018, en el cual se aprecia que en ningún caso se hizo mención a la eslora de los remolcadores sino, únicamente, a la capacidad de *bollard pull* de los mismos, tal como se muestra a continuación:

Cuadro N°2

Estudio de Maniobras	Resolución Directoral	Remolcadores	
		bollard pull	eslora
Terminal Submarino Multiboyas Punta Arenas	R/D 0608-2017-MGP/DGCG del 17/07/2017	Dos (2) remolcadores de 30 de bollard pull.	X
Muelle de Carga Líquida de Petroperú Talara	R/D 0609-2017-MGP/DGCG del 17/07/2017	Dos (2) remolcadores de 30 de bollard pull.	X
Terminal Multiboyas Refinería de Conchan	R/D 0610-2017-MGP/DGCG del 17/07/2017	Un (1) remolcador de 50 de bollard pull.	X
Terminal Pure Biofuels del Perú	R/D 1176-2017-MGP/DGCG del 27/12/2017.	Dos (2) remolcadores de 63.00 bollard pull.	X
Terminal Multiboyas Repsol Gas	R/D 1177-2017-MGP/DGCG del 27/12/2017.	Un (1) remolcador de 40 de bollard pull	X
Terminal Portuario de Antamina	R/D 0350-2018-MGP/DGCG del 16/03/2018	Dos (2) remolcadores de 45, 40 o 55 de bollard pull.	X
Terminal Portuario Muelle Sur del Callao	R/D 0378-2018-MGP/DGCG del 28/03/2018.	Dos (2) remolcadores de 78 de bollard pull. Dos (2) remolcadores de 42 de bollard pull.	X
Terminal Portuario Perú LNG en Pisco	R/D 0568-2018-MGP/DGCG de fecha 18/05/2018.	Cuatro (4) remolcadores de 80 de bollard pull.	X
Terminal Multiboyas de Chimbote	R/D 894-2018-MGP/DCG de fecha 20/07/2018.	Uno (1) o Dos (2) remolcadores de 43.3 de bollard pull.	X

Fuente: Resoluciones DICAPI

- ix.- En ese sentido, la decisión de TISUR de limitarles el acceso al Terminal Portuario en función a la eslora de sus remolcadores constituye una medida injustificada y carente de respaldo técnico.
- x.- Conforme al Informe de Desempeño de la concesión del Terminal Portuario de Matarani correspondiente al año 2017 elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN, TISUR cuenta únicamente con un contrato de acceso para la prestación del servicio de remolcaje suscrito con TRAMARSA, ocurriendo que la Adenda 9 al referido contrato fue suscrita el 27 de febrero de 2018.

- xi.- TRAMARSA pertenece al mismo grupo económico que TISUR, por lo que se configuraría un caso de integración vertical, lo que si bien no se encuentra prohibido requiere que OSITRAN garantice que las condiciones de competencia no sean limitadas.
- xii.- En conclusión, la negativa injustificada de TISUR en brindarles el acceso a las facilidades esenciales del Terminal podría ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de remolcaje en la medida que se pretende beneficiar a una empresa vinculada en perjuicio de los potenciales competidores.
- 9.- Mediante Carta N° 134-2018-TISUR/GO recibida el 28 de septiembre de 2018, TISUR presentó sus alegatos finales reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento, indicando además lo siguiente:
- i.- EMPRESA MARITIMA confunde el Reglamento de Acceso vigente con el Estudio de Maniobras vigente en el Terminal Portuario de Matarani, ocurriendo que ambos son documentos de distintos alcances siendo regulados por normas distintas en cuanto a su aplicación y exigibilidad.
 - ii.- Si bien en la audiencia de vista de la causa se indicó que el Reglamento de Acceso vigente estableció la medida de una eslora de 36 metros, dicho documento no corresponde al Estudio de Maniobras aprobado este año ni es un documento técnico que deba considerarse en la concesión del acceso.
 - iii.- La corrección realizada mediante Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG tiene sustento en lo establecido en el artículo 210 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual señala que las correcciones materiales no pueden afectar el fondo de la resolución corregida.
 - iv.- Cabe agregar que en la misma Resolución se indicó que los demás extremos de la Resolución corregida, es decir, de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG se mantenían subsistentes, razón por la cual el Estudio de Maniobras se encuentra plenamente vigente.
 - v.- El presente procedimiento no es la vía correspondiente para discutir el contenido del Estudio de Maniobras, por lo que debería declararse improcedente su cuestionamiento.
 - vi.- Con relación al Cuadro N° 1 elaborado por EMPRESA MARITIMA manifestaron que la información correspondiente a las naves que arribaron al Terminal Portuario fue mayor a la indicada, llegando incluso a esloras de hasta 250 metros, lo que permite concluir que el Estudio de Maniobras obedecía a necesidades ya presentadas en el referido Terminal, razón por la cual como operador portuario debe estar preparado para recibir a naves de esloras cada vez superiores.



- vii.- Según la Directiva IMO-MS-Cir.1101 emitida por la Organización Marítima Internacional, para la selección de los remolcadores de apoyo en la maniobra de buques en los puertos se deben tomar en cuenta los factores incluidos en la publicación "Utilización de los remolcadores en puertos-Guía Práctica", estos son, las restricciones en los muelles, tipo de buques, seguridad de remolcadores, entre otros; los cuales deben evaluarse en función a la necesidad de cada puerto en particular.
- viii.- Respecto al Cuadro N°2 elaborado por EMPRESA MARITIMA señalaron que las características de los Terminales consignados en dicho Cuadro son distintas a la del Terminal Portuario de Matarani, por lo que por cuestiones de seguridad resulta determinante que la eslora de los remolcadores no supere la medida de 27 metros.
- ix.- Si bien TRAMARSA mantiene un contrato de acceso con TISUR, debe destacarse que la solicitud de acceso de EMPRESA MARITIMA es la única presentada durante la vigencia de la concesión del Terminal Portuario, motivo por el cual no es posible referirse a la existencia de un monopolio a favor de la entidad prestadora o afectación de la competencia debido a que esta nunca se ha presentado.
- 10.- Mediante Oficio N° 398-18-STO-OSITRAN notificado el 27 de septiembre de 2018, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a la DICAPI la remisión de información referida a si el requisito establecido en el Estudio de Maniobras de TISUR vinculado a la eslora máxima de 27 metros para los remolcadores que operan en el Terminal Portuario, se mantiene vigente o si fue modificado o suprimido como consecuencia de la corrección realizada a la Resolución Directoral N°0443-2018-MGP/DGCG. Asimismo, solicitó a la DICAPI precisar si el establecimiento del referido requisito obedecería a cuestiones de seguridad en dicho Terminal.
- 11.- Mediante Carta N° V.200-3360 recibida el 25 de octubre de 2018, la DICAPI presentó la información requerida indicando lo siguiente:
- i.- Mediante Resolución Directoral N° 1314-2016 MGP/DGCG de fecha 29 de diciembre de 2016, se aprobaron los procedimientos y exigencias técnicas para la elaboración, tramitación y aprobación de los estudios de maniobras de los Terminales Portuarios, en el cual se indicaron los lineamientos operacionales que debe seguir una nave para ingresar, permanecer y salir de una instalación acuática; así como que la estructura de los estudios de maniobras debía ajustarse a lo establecido en el Apéndice 1 del Anexo de dicha norma.
- ii.- Conforme a lo establecido en el inciso (a) del numeral 207, Capítulo II, Apéndice 1 del Anexo A de la referida Resolución Directoral, los aspectos a incluirse obligatoriamente en los estudios de maniobras con relación a los remolcadores son el número de remolcadores requeridos, así como la potencia mínima de cada uno (*bollard pull*), a efectos de obtener maniobras seguras en salvaguarda de la vida humana y protección del medio ambiente acuático, no siendo la eslora u otra dimensión un parámetro a evaluar respecto de los remolcadores.

- iii.- El Estudio de maniobras del Terminal Portuario de Matarani presentado por TISUR aprobado mediante Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG cumple con los lineamientos de la Resolución Directoral N° 1314-2016 MGP/DGCG.
 - iv.- Si bien el Estudio de Maniobras de TISUR propone que la eslora máxima de los remolcadores que operen en el muelle del Terminal Portuario de Matarani sea de 27 metros, la normativa de la Autoridad Marítima Nacional no considera la evaluación de dicho parámetro, por lo que resulta información referencial, mas no vinculante.
 - v.- El Anexo 1 no es parte integrante de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG, por lo que debe ser considerado como un extracto informativo del Estudio de Maniobras, precisándose que la medida de la eslora no es parte del contenido de la evaluación que se realiza a los estudios de maniobras conforme a la metodología aprobada para tal efecto.
 - vi.- Por ese motivo es que mediante Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG se realizó la corrección del referido Anexo 1, eliminándose lo referido a la eslora máxima de los remolcadores.
 - vii.- Por otro lado, el numeral 2.5 del Estudio de Maniobras de TISUR señala que teniendo en cuenta los espacios reducidos en los cuales operan los remolcadores, especialmente en la bocanada de ingreso del Terminal, la eslora máxima de los remolcadores debe ser de 27 metros; sustentándose además en el Estudio "Máxima eslora de remolcadores en Matarani-Operaciones con remolcadores en áreas confinadas" efectuado por la propia TISUR.
 - viii.- En el referido Estudio se recomendó que los remolcadores cuenten con una eslora de 27 metros como medida que con certeza permitirá maniobrar con seguridad un buque de mayor porte, ocurriendo que dicha recomendación ha sido ideada para aplicarse en condiciones extremas de puerto; y considerando, que dichos remolcadores sean operados utilizando el método "a la tira" y no "push/pull" a fin de operar con seguridad los remolcadores entre 25 y 30 metros de eslora.
 - ix.- Atendiendo a lo expuesto, la determinación de la eslora máxima de 27 metros de los remolcadores obedece a un criterio asumido por el formulador del Estudio de Maniobras y no por la Autoridad Marítima Nacional; motivo por el cual es referencial y no vinculante.
- 12.- Mediante Carta N° 150-2018-TISUR/GO recibida el 05 de noviembre de 2018, TISUR presentó un escrito manifestando lo siguiente:
- i.- El artículo 691 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147 que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional -DICAPI, establece que las instalaciones portuarias deben contar con un estudio de maniobras acorde con sus características particulares y condiciones climáticas del área,

el cual será evaluado y aprobado por la DICAPI. Asimismo, el referido Reglamento establece como parte de los lineamientos y criterios del Estudio de Maniobras, que estos consignen los medios de apoyo para el ingreso, permanencia y salida de las naves; es decir, los remolcadores, y, sus conclusiones generales y restricciones.

- ii.- En atención a ello, la Resolución Directoral N° 1314-2016-MGP/DGCG previó que el servicio de remolque que se consigne tenía como finalidad garantizar la seguridad de las naves durante sus maniobras en las instalaciones, precisando que los remolcadores debían cumplir con los requerimientos mínimos para realizar todo tipo de maniobras.
- iii.- Si bien la mencionada Resolución Directoral no estableció que los Estudios de Maniobras deban consignar obligatoriamente las esloras máximas de los remolcadores, sí admitió que dichas esloras deban ser propuestas cuando las condiciones particulares del puerto así lo exijan, en la medida que la fijación de esloras máximas se realizaría con la finalidad de garantizar la eficacia de las maniobras de los remolcadores y la seguridad de las naves teniendo en cuenta las condiciones especiales del Terminal Portuario de Matarani.
- iv.- El artículo 211 del TUO de la LPAG establece la facultad de las entidades de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos que hubiesen emitido cuando hayan incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.
- v.- Para la declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, como es la aprobación del Estudio de Maniobras, debe correrse traslado de dicha pretensión al administrado a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa en un plazo mínimo de 05 días hábiles, por lo que al no haberse otorgado dicho plazo, la Resolución que aprobó el Estudio de Maniobras no resulta nula.
- vi.- Del mismo modo, tampoco podría considerarse que se habría revocado la Resolución que aprobó el Estudio de Maniobras, en virtud de que no se concedió el plazo mínimo señalado precedentemente.
- vii.- Debe considerarse además que de acuerdo con el numeral 212.2 del artículo 212 del TUO de la LPAG, los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados por razones de oportunidad, merito o conveniencia; de lo contrario, en caso se emita un nuevo acto administrativo revocando el anterior, el primero incurriría en un vicio de nulidad. Justamente, con la finalidad de evitar ello, fue que la DICAPI procedió a dejar subsistente los demás extremos de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG que aprobó el Estudio de Maniobras.
- viii.- Por otro lado, TISUR solicitó la aprobación del Estudio de Maniobras, precisando que se encontraba referido a la eslora máxima de los remolcadores que operan en el Terminal Portuario de Matarani, el cual fue aprobado sin que la DICAPI realice observación alguna ni deje constancia de que se hubiera excluido la eslora máxima de 27 metros.

- ix.- En ese sentido, dadas las limitaciones establecidas en el TUO de la LPAG para la rectificación de errores materiales y para la modificación de oficio de actos administrativos por razones de oportunidad, merito o conveniencia; no es posible interpretar que mediante la Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG se haya suprimido la eslora máxima de 27 metros, entendiéndose que dicho requisito se encuentra vigente.
- x.- Con relación a la Carta V.200-3360 emitida por la DICAPI, se infiere que la autoridad pretende desconocer el contenido del Estudio de Maniobras y la información que presentó TISUR como sustento en su oportunidad; situación que no resulta aceptable, puesto que si en el procedimiento para la aprobación del Estudio de Maniobras no se advirtió la supuesta falta de sustento técnico de la eslora máxima, debió requerírsele la correspondiente subsanación.
- xi.- Consecuencia de ello, se entiende que mediante la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG, la DICAPI dio por cumplidos los requisitos exigidos para la aprobación del Estudio de Maniobras.
- xii.- La única vía posible para cuestionar la falta de sustento del requisito de la eslora máxima es mediante una declaración de nulidad de oficio de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG; sin embargo, para ello debió otorgárseles el plazo de cinco (5) días hábiles para ejercer su derecho de defensa.
- 13.- Con fecha 09 de noviembre de 2018, EMPRESA MARITIMA presentó un escrito indicando que se encontraba de acuerdo con lo manifestado por la DICAPI en la Carta N° V.200-3360, agregando que la interpretación formulada por la autoridad constituía prueba fehaciente de que la restricción impuesta por TISUR para el acceso de remolcadores con eslora mayor de 27 metros constituía una medida irracional, desproporcionada y carente de sustento técnico.
- 14.- Mediante Carta N° 091-2018-TISUR/GG recibida el 22 de noviembre de 2018, TISUR presentó un escrito reiterando lo señalado en el transcurso del presente procedimiento, añadiendo lo siguiente:
- i.- La negativa de TISUR de otorgar el acceso para la prestación del servicio de remolcaje se basó en lo dispuesto en su Estudio de Maniobras vigente, así como en lo establecido en el artículo 3 del REMA de OSITRAN.
- ii.- Ni la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG ni la Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG pueden interpretarse de modo contrario al marco regulatorio portuario en la medida que por intermedio de ambas Resoluciones se aprobó su Estudio de Maniobras, siendo vinculante para TISUR y para los particulares que deseen operar en el Terminal Portuario.
- iii.- El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147 y la Resolución Directoral N° 1314-2016-MGP/DGCG obligan a que los Estudios de Maniobras incluyan las esloras máximas cuando

las características particulares del puerto así lo exijan, ocurriendo que el Estudio de Maniobras tiene como finalidad garantizar la eficacia de las operaciones de los remolcadores, así como la seguridad en el Terminal Portuario.

- iv.- Durante el procedimiento para la aprobación del Estudio de Maniobras, la DICAPI no formuló observación alguna a la eslora máxima consignada en el referido Estudio ni dejó constancia en la Resolución que aprobó el referido Estudio que su pronunciamiento no haya incluido la eslora máxima de los remolcadores.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

15.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MARITIMA contra la decisión contenida en la Carta N° 058-2018-TISUR-GG emitida por TISUR.
- ii.- Determinar si el Estudio de Maniobras emitido mediante Resolución Directoral N° 690-2018-MGP/DGCG es el documento que determina el máximo de la eslora de los remolcadores que deseen operar en el Terminal Portuario de Matarani.
- iii.- Verificar si la denegatoria de acceso de parte de TISUR a la solicitud presentada por EMPRESA MARITIMA se encuentra conforme a la normativa vigente.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

16.- De conformidad con el numeral 4.1.11 del Reglamento de Acceso de TISUR¹ (en adelante, REA de TISUR), en concordancia 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 de quince (15) días desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar, en este caso, la Carta N° 058-2018-TISUR-GG que resolvió el recurso de reconsideración.

17.- Al respecto, de una revisión del expediente, se advierte lo siguiente:

¹ Reglamento de Acceso de Terminal Internacional del Sur,

4.1. Procedimientos para la Solicitud de Acceso
(...)

4.1.11. Apelación de la denegatoria de la Solicitud de Acceso.

El solicitante podrá apelar ante TISUR su decisión de denegar total o parcialmente el Acceso, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la denegatoria o de resuelto en forma negativa el recurso de reconsideración.

TISUR deberá elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la presentación de la apelación, quien resolverá y notificará su veredicto de acuerdo con los plazos establecidos en el REMA.

- i.- La decisión contenida en la Carta N° 058-2018-TISUR-GG fue notificada a EMPRESA MARITIMA el 03 de agosto de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tenía EMPRESA MARITIMA para interponer el recurso de apelación venció el 24 de agosto de 2018.
 - iii.- EMPRESA MARITIMA apeló el 16 de agosto de 2018, es decir, dentro del plazo legalmente previsto.
- 18.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, TUO de la LPAG)², al tratarse de cuestiones de puro derecho dentro del procedimiento para la Solicitud de Acceso para la prestación del servicio esencial de remolcaje.
- 19.- 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.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

- 20.- Los puertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural³ dentro de su zona de influencia. Es por ello que a través de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión 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.
- 21.- 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 un servicio esencial que requiere, necesariamente, hacer uso de infraestructura portuaria considerada como una facilidad esencial.

² TUO de la LPAG

"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".

³ "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, Sthepen. "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 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.

22.- El OSITRAN, en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa⁴, 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.

23.- 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..."

24.- 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".

25.- 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, 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.

26.- 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".

27.- 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, los cuales deben ser

⁴ 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 reguladoras 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."

aplicados al momento de sustentar y establecer los criterios de celebración de los Contratos de Acceso, encontrándose entre ellos el siguiente:

"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.**

(...)"

- 28.- Como se aprecia de las normas citadas, a través del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN se regula el acceso a las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios, al ser éstas 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.
- 29.- La exigencia de tales requisitos obedece a la naturaleza propia 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 de las operaciones en dichas infraestructuras.
- 30.- Por ello, los requisitos exigidos por el Reglamento Marco de Acceso 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.
- 31.- Ahora bien, con relación a la denegatoria de acceso el numeral 4.1.9 del Reglamento de Acceso de TISUR⁵ señala lo siguiente:

"4.1.9. Denegatoria de la Solicitud de Acceso.

En caso de no existir infraestructura disponible, o por razones técnicas, económicas, de seguridad o de cualquier otra índole, o basándose en cualquier otro motivo razonable, TISUR podrá negar parcial o totalmente el acceso al solicitante, tomando en consideración los siguientes elementos:

- a) *Las limitaciones físicas, técnicas o ambientales existentes en la infraestructura para admitir y soportar razonablemente su uso, con el fin de brindar los servicios solicitados, así como las posibilidades y límites para ampliarla o mejorarla.*
- b) *Los niveles de congestión real o potencial derivados de limitaciones de espacio o tiempo.*
- c) *Existencia de otros usuarios utilizando la infraestructura.*

⁵ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 025-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

- d) *Limitaciones tecnológicas existentes.*
- e) *Problemas contractuales anteriores por parte del solicitante, como incumplimientos de pagos o requisitos, entre otros motivos.*
- f) *Otros que resulten pertinentes".*

- 32.- Cabe señalar que lo mencionado precedentemente se encuentra acorde a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 61 del REMA de OSITRAN.
- 33.- En ese sentido, como ya se ha mencionado, tanto del Reglamento de Acceso de TISUR, como del REMA de OSITRAN, se desprende que TISUR podría denegar las solicitudes de acceso a la infraestructura portuaria, cuando advierta, entre otros casos, que dichas solicitudes incumplen con algún aspecto técnico o de seguridad que ocasione que el servicio al cual se requiere el acceso no pueda ser prestado en el Terminal Portuario.
- 34.- Siendo así, corresponde verificar los argumentos con los cuales TISUR denegó la solicitud de acceso presentada por EMPRESA MARÍTIMA.
- 35.- En el presente caso, EMPRESA MARÍTIMA presentó una solicitud de acceso para la prestación del servicio de remolcaje, manifestando TISUR que en atención a lo señalado en el documento denominado Estudio de Maniobras emitido por la Autoridad Marítima, existía una falta de disponibilidad de infraestructura que impedía poder atender dichas solicitudes, correspondiendo consecuentemente aplicar el mecanismo de subasta.
- 36.- Al respecto, cabe señalar que 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, se establece que es facultad de la Autoridad Marítima Nacional, evaluar y aprobar los estudios de maniobras para las instalaciones en el medio acuático.
- 37.- 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 dispone 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 DICAPI⁶.

⁶ 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.

- 38.- En este punto, cabe recordar que el artículo 18 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN establece cuáles son los requisitos y garantías 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."*

- 39.- 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 calidad 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.

- 40.- Ahora bien, de una lectura de los requisitos técnicos referidos en el literal b) del artículo 18 del REMA, se desprendería que la disposición por la cual TISUR denegó la solicitud de EMPRESA

MARÍTIMA no resulta un requisito que se encuentre bajo el ámbito del REMA, pues ha sido emitido por otro órgano distinto al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en este caso la DICAPI.

- 41.- Sin embargo, este Tribunal considera que debe corresponder analizar el Estudio de Maniobras citado por TISUR, así como los alcances que esta tendría en el servicio de remolaje, a fin de verificar si resulta razonable su incorporación al presente caso y, de ser el caso, si esta se encuentra acorde a las disposiciones que regulan el acceso a las facilidades esenciales bajo competencia de OSITRAN.
- 42.- Al respecto, 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.
- 43.- 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 a fin de garantizar la seguridad en las operaciones.
- 44.- Ahora bien, en el caso de las actividades vinculadas a los remolcadores que se encuentren dentro de las instalaciones del Terminal Portuario de Matarani, en el Estudio de Maniobras de TISUR, aprobado mediante Resolución Directoral N° 0846-2015-MGP/DGCG, se concluyó en el numeral 3.1.1 que resultaba exigible a los remolcadores contar con las siguientes características:



REQUERIMIENTO DE REMOLCADORES

- ▶ De los cálculos realizados sobre el requerimiento de bollard pull para los remolcadores a operar en el terminal. Se ha determinado que es necesario contar con un mínimo de DOS (02) remolcadores con un bollard pull mínimo de 55 toneladas cada uno, y con una eslora máxima de 27 metros.
- ▶ Para buques de mas de 200 metros de eslora se considerará un tercer remolcador en stand by durante la maniobra.

45.- Cabe señalar que la conclusión arribada en el referido estudio de maniobras se sustenta en el análisis realizado en el mismo, específicamente en el punto 2.5, el cual indica lo siguiente:



Tabla 17. Remolcadores que operan en el Puerto de Matarani.

El tipo de remolcador utilizado en el terminal cuenta con gran potencia en corto espacio, gran fuerza al rozamiento, buen trabajo con línea corta. Cuenta con 200 metros de cabo enrollado en el carrete, 100 metros libres para trabajar independientemente del buque.

Tienen un círculo de evolución con un radio de 450 metros, el cual completan a un promedio 12º por minuto a una velocidad de 3 nudos.

En consideración a la existencia de reducidos espacios en los cuales operan los remolcadores, al momento de maniobrar con las naves, especialmente la bocana de ingreso al terminal, espacios que requieren que el remolcador empuje perpendicular al buque para maximizar la eficiencia de la potencia de este es importante indicar que la eslora máxima con la que deberán de contar los remolcadores que operan en el terminal de Matarani sea de máximo 27 metros. Esta información es sustentada en el Estudio "Maxima Eslora de Remolcadores en Matarani – Operaciones con remolcadores en áreas confinadas", efectuado en noviembre 2017 por TISUR.

46.- Como se puede apreciar, en dicho Estudio de Maniobras se establece que los remolcadores que deberán utilizarse deberán contar con dos características técnicas: i) que el *bollard pull* de estos cuente con un peso de 55 toneladas; y, ii) que la eslora de la embarcación sea de un máximo de 27 metros.

47.- No obstante lo señalado, se verificó que el literal d) del REA de TISUR establece expresamente lo siguiente:

"d) Características Mínimas de los Remolcadores

Las siguientes quedan establecidas como características mínimas que deberán cumplir los remolcadores, para operar en el Terminal Portuario de Matarani:

i) Acreditar y desarrollar una Potencia mínima de 700 HP.

ii) Contar con Certificado anual vigente de "Bollard Pull" expedido por una Empresa Clasificadora de reconocido prestigio.

iii) *Acreditar como mínimo un (01) eje por remolcador.*

iv) *Eslora máxima no mayor de 36 mts.*

v) *Los remolcadores contarán como mínimo un monitor o cañón de agua de mar con no menos de 200 m³/hr de capacidad, con el fin de prestar el servicio de auxilio exterior.*

vi) *Los remolcadores deberán ser tipo ASD 50 Bollard Pull".*

- 48.- Como se observa, existe una discrepancia entre el Estudio de Maniobras y el REA vigente de TISUR en cuanto a las dimensiones de la eslora solicitadas a los remolcadores que operen en el Terminal Portuario, pues como se ha señalado, mientras el primero establece que la eslora máxima será de 27 metros, el segundo indica que la eslora máxima no podrá ser mayor a 36 metros.
- 49.- Como ya se indicó, mediante oficio N° 398-18-STO-OSITRAN, la Secretaria Técnica del Tribunal requirió a la DICAPI informar si la eslora máxima de 27 metros establecida en el Estudio de Maniobras y aprobada en la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG se encontraba vigente y si la exigencia referida a que los remolcadores que presten el servicio cuenten con dicha dimensión máxima de eslora obedecía a cuestiones de seguridad en el referido puerto.
- 50.- Conforme se indicó precedentemente en la carta N° V.200-3360 remitida por la DICAPI el 25 de octubre de 2018, indicó que de acuerdo a lo establecido en el inciso (a) del numeral 207, Capítulo II, Apéndice 1 del Anexo A de la Resolución que aprobó el Estudio de Maniobras de TISUR, los aspectos a incluirse obligatoriamente en el referido estudio eran el número de remolcadores requeridos, así como, la potencia mínima de cada uno (*bollard pull*), a efectos de obtener maniobras seguras en salvaguarda de la vida humana y protección del medio ambiente acuático; no siendo la eslora u otra dimensión principal un parámetro a evaluar respecto de los remolcadores.
- 51.- Asimismo, señaló que si bien el Estudio de Maniobras de TISUR proponía que la eslora máxima de los remolcadores que operan en el muelle del Terminal Portuario de Matarani sea de 27 metros, la normativa de la Autoridad Marítima Nacional no consideraba la evaluación de dicho parámetro, por lo que resultaba información referencial mas no vinculante.
- 52.- De la respuesta remitida por DICAPI a través de la carta V.200-3360 que obra en el expediente, se puede concluir lo siguiente:
- La normativa de la Autoridad Marítima Nacional solo tendría como objetivo regular y evaluar los aspectos vinculados al número de remolcadores que se requieren en el Terminal Portuario y la potencia mínima de cada remolcador (*Bollard Pull*) a fin de garantizar que las maniobras se realicen en condiciones seguras protegiendo así la vida humana y el medio ambiente, mas no las dimensiones de la eslora de los referidos remolcadores.

- El máximo de 27 metros referido en el Estudio de Maniobras de TISUR no ha sido evaluado por la Autoridad Marítima Nacional, ni recoge ningún parámetro que responda a la metodología utilizada por dicha entidad para la aprobación del referido Estudio de Maniobras, siendo referencial y no vinculante su inclusión en el señalado documento.

53.- Por otro lado, se verifica que en la carta V.200-3360 la DICAPI mencionó lo siguiente:

Asimismo, en las recomendaciones del estudio de "Máxima eslora de remolcadores en Matarani - Operaciones con remolcadores en áreas confinadas" elaborado por la empresa Force Technology, contratada por la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. - TISUR, cuya copia se remite por anexo, figura que "Basado en los resultados obtenidos a través de las simulaciones, remolcadores con una eslora entre 24 metros y 29 metros asistirán barcos de hasta 245 metros de eslora con seguridad en el Terminal de Matarani. Como consecuencia de ello, podemos recomendar una eslora de 27 metros, como la eslora que con certeza permitirá maniobrar con seguridad el buque de mayor porte en la dársena."

Jr. Constitución N° 150 - Plaza Grau del Callao - CALLAO
☎ 209-9300. anexo: 6704 / 6862 / 6704. Telefax: 429-6680 /
✉ dicaposecretaria@dicapi.mil.pe

EL PERÚ PRIMERO

2-3

3360 1
Cont. al V.200- del Dir.
Gral.Cap.Guard. de fecha

24 OCT 201

Si Matarani requiere el obtener un valor mucho más exacto, esto se puede determinar sin inconvenientes, pero requerirá días extras de simulación, dado que solamente tres días de simulación, solamente permiten definir un rango de eslora y no un número específico".

La citada recomendación está relacionada a su aplicación en condiciones extremas de puerto, no para otras condiciones que también pueden presentarse. Asimismo, también se señala como recomendación que "se recomienda que los remolcadores sean operados usando el método "a la tira" y no Yankee (push/pull), a fin de operar con seguridad los remolcadores entre 25 m y 30 m de eslora".

- 54.- Del texto mencionado, se observa que DICAPI manifestó expresamente que la determinación de los 27 metros de eslora fue realizada por la propia TISUR sobre embarcaciones de 245 metros y que estas responderían a condiciones extremas y no otras condiciones que puedan presentarse, de lo que se desprende que la Autoridad Marítima no menciona ni establece que dicha disposición deba de aplicarse a todas las naves, incluidas las de menores dimensiones. Asimismo, evidencia nuevamente que DICAPI no realizó el análisis técnico de dicha disposición.

- 55.- Por otro lado, cabe recordar que el artículo 6 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público⁷, prescribe lo siguiente:

"Artículo 6.- Criterios de interpretación en la relación Entidad Prestadora - Usuario

En caso de duda o contradicción, los órganos competentes del OSITRAN determinarán el alcance de lo normado por el presente Reglamento, de acuerdo a los siguientes criterios:

- a. **Ordenamiento sistemático.** - Ante cualquier duda de interpretación con respecto a lo dispuesto por este Reglamento, se deberá realizar un análisis sistemático que incorpore al contrato de Concesión y todas las normas enunciadas en el artículo 4 del presente Reglamento.*
 - b. **Pro-Usuario.** - Si no obstante la aplicación del criterio precedente persistiera la duda, se deberá adoptar la interpretación más favorable al Usuario.*
 - c. **Cláusulas generales de contratación.** - Sin perjuicio de las reglas sobre cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión establecidas en el Código Civil, las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación, en directivas, **reglamentos**, formularios o cualquier otro documento redactado por las Entidades Prestadoras y que sean aplicadas en su relación con el Usuario producto de la prestación de los servicios derivados de la explotación de las ITUP se interpretan en favor de este último, en caso de duda".*
- 56.- Dado lo expuesto, verificándose que DICAPI ha declinado cualquier tipo de injerencia en la evaluación técnica de las dimensiones máximas de eslora propuestas por TISUR, no existe soporte técnico alguno que sustente la restricción propuesta en el Estudio de Maniobras de la Entidad Prestadora, resultando razonable interpretar que los requisitos técnicos válidos para evaluar los términos del acceso de los remolcadores sean los establecidos en el REA de TISUR aprobado por OSITRAN, el cual dispone que la eslora máxima no podrá ser mayor a 36 metros.
- 57.- Siendo esto así, y en atención a lo dispuesto en el literal b) del artículo 18 del REMA de OSITRAN, no corresponde que el Estudio de Maniobras invocado por TISUR sea incluido como un elemento que configure un sustento técnico que justifique la limitación referida a que la eslora para los remolcadores tenga un máximo de 27 metros, cabiendo atender más bien a lo dispuesto en el literal d) del artículo 9 del REA de TISUR que establece 36 metros de eslora máxima.
- 58.- Consecuentemente, corresponde atender la solicitud de acceso presentada por EMPRESA MARÍTIMA, al haber cumplido con los requisitos técnicos aprobados por OSITRAN, en relación a las características de las embarcaciones que podrán prestar el servicio de remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN⁸;

⁷ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN

⁸ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN**, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la carta N° 058-2018-TISUR-GG emitida por TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S.A., mediante la cual se denegó la solicitud de acceso para la prestación del servicio de Remolcaje presentado por EMPRESA MARÍTIMA DEL PERÚ S.A.C.; y consecuentemente ordenar a la Entidad Prestadora proseguir con el procedimiento de acceso en los términos establecidos tanto en el Reglamento de Acceso de TISUR como en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

SEGUNDO.- DECLARAR que con la presente Resolución queda agotada la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a EMPRESA MARÍTIMA DEL PERÚ S.A.C. y TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A. la presente Resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente Resolución en el portal institucional.

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**

(...) La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a) Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- b) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- c) Integrar la resolución apelada;
- d) Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda."

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia. (...)"