

## INFORME N° 008-16-GRE-GAJ-OSITRAN

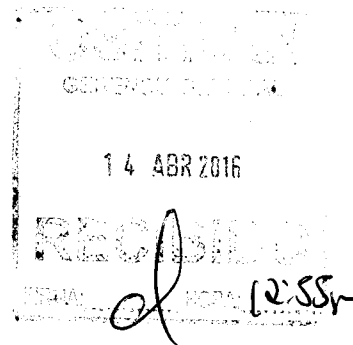
Para : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**  
Gerente General

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

**MILAGROS VANESSA JUÁREZ MORALES**  
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : Inicio de Procedimiento de Fijación de Tarifa para el Servicio Especial "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves"

Fecha : 14 de abril de 2016



### I. OBJETIVO

1. Analizar la procedencia de la solicitud de fijación tarifaria a pedido de parte formulado por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), respecto del servicio especial de "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves" (en adelante, el servicio bajo análisis).

### II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado, y la empresa APMT.
3. El 07 de setiembre de 2015, mediante Carta N° 418-2015 APMTC/LLR, el Concesionario remitió al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), con copia al OSITRAN, su propuesta del servicio especial denominado "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves".
4. El 14 de octubre de 2015, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 062-2015-CD-OSITRAN, se determinó el servicio bajo análisis califica como Servicio Especial no incluido en el Contrato de Concesión, o servicio nuevo.
5. El 19 de noviembre de 2015, el INDECOPI remitió al Concesionario, con copia a la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y OSITRAN, la Carta N° 723-2015/PRE-INDECOPI, mediante la cual se remite su análisis de condiciones de competencia, en el cual se concluye que el servicio bajo análisis no se presta en condiciones de competencia.
6. El 09 de febrero de 2016, mediante Carta N° 009-2016-APMT/LEG, el Concesionario solicitó a OSITRAN el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, a instancia de parte, del servicio "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves".



7. De acuerdo a lo señalado en el Reglamento de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, de comprobarse la no existencia de condiciones de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) deberá proponer al OSITRAN un régimen tarifario dentro del plazo de 70 días hábiles. Transcurrido dicho plazo y ante la ausencia de propuesta de la APN, el 7 de marzo de 2016 la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN remitió a la APN el Oficio N° 038-16-GRE-OSITRAN, mediante el cual reitera la necesidad de que en un plazo máximo de 15 días hábiles remita su propuesta de fijación tarifaria para el servicio bajo análisis.
8. Mediante Oficio N° 215-2016-APN/GG-DIPLA del 10 de marzo de 2016, la APN solicitó una ampliación del plazo de treinta (30) días hábiles para presentar su propuesta tarifaria en treinta (30) días útiles adicionales a los inicialmente otorgados.
9. Mediante Oficio N° 039-16-GRE-OSITRAN del 15 de marzo de 2016, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN comunicó a la APN que no corresponde ampliar el plazo para la presentación de la propuesta tarifaria de acuerdo a lo solicitado, puesto que ello implicaría un incumplimiento por parte del Regulador respecto los plazos establecidos en la normativa vigente para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria.

### III. ANÁLISIS

#### III.1. Análisis Legal

##### Del Contrato de Concesión

10. Con relación al marco legal aplicable al Contrato de Concesión, resulta importante tener en consideración que el mismo establece la obligatoriedad de cumplir con las disposiciones emitidas por OSITRAN, el cual es competente en materia de fijación tarifaria. Así, el Contrato de Concesión establece lo siguiente:

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

[El subrayado es nuestro]

- Asimismo, la Cláusula 1.23.68 establece que las Leyes y Disposiciones Aplicables "*[e]s el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente.*"
- De otro lado, la Cláusula 1.23.94 señala que las disposiciones de OSITRAN, que incluye los reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N°044-2006-PCM (en adelante, REGO), así como los actos administrativos que emita, "*...son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA.*"

[El subrayado es nuestro]

11. Por otra parte, la Cláusula 14.7 del Contrato reconoce que el Regulador "(...) está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que les confiere el Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente o las que las sustituyan o modifiquen." [El subrayado es nuestro]
12. De lo expuesto en el Contrato de Concesión, se advierte que:
  - ✓ Al Contrato de Concesión le resulta de aplicación las normas con rango de ley, emitidas por cualquier autoridad gubernamental competente.
  - ✓ Es de observancia obligatoria para el Concesionario, los Reglamentos emitidos por el Regulador.
  - ✓ Al Regulador le compete ejercer todas las facultades conferidas por la legislación vigente.

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

#### **De la Ley del Sistema Portuario Nacional**

13. Conforme al artículo 6° de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, Ley de Creación de OSITRAN), aprobada mediante Ley N° 26917, y al artículo 21 del Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, OSITRAN ejerce diversas funciones, tales como la función normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora y de solución de controversias y reclamos.
14. En concordancia con ello, el numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley del Sistema Portuario Nacional aprobada por Ley N° 27943, (en adelante, LSPN), establece que compete a OSITRAN:
  - (i) Regular el sistema tarifario de los mercados derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público en los que no hay libre competencia.
  - (ii) Supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes aplicables.
15. En lo que respecta a la contraprestación por el uso de bienes portuarios de uso público, el artículo 13 de la LSPN, establece lo siguiente:
  - (i) La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, está sujeta al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN.



- (ii) La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.<sup>1</sup>
16. Como puede observarse, la LSPN es clara en señalar que, en los mercados de servicios portuarios donde no exista competencia, corresponde a OSITRAN establecer la tarifa pertinente, en tanto que en el ámbito de los servicios portuarios sujetos a competencia corresponderá el pago de precios libremente fijados por los prestadores, sin perjuicio de la función de supervisión del contrato de concesión que le corresponde ejercer al OSITRAN como parte del Régimen Tarifario Supervisado<sup>2</sup>.
17. Como veremos a continuación, el citado marco legal guarda absoluta concordancia con las disposiciones contenidas en el RETA.

### Del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA)

18. El Reglamento General de Tarifas aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, (en adelante el RETA), establece lo siguiente:
- La regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público es competencia exclusiva de OSITRAN, por lo que le corresponde disponer la fijación, revisión o ajuste de Tarifas Máximas, y en general el establecimiento de Sistemas Tarifarios que incluyan reglas de aplicación de tarifas. (Art. 5)
  - El régimen tarifario regulado es aplicable en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado; sin perjuicio de la aplicación de la normatividad legal y contractual vigente y las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN. (Art. 10 y 11)
  - Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por los servicios derivados que presten de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, por lo estipulado en el RETA, salvo que dicho Contrato contenga normas específicas que se opongan. (Art. 9 y 24)



<sup>1</sup> Por otra parte, resulta ilustrativo revisar las disposiciones contenidas en la Ley del SPN respecto de los puertos o terminales privados de uso privado. Al respecto, dicho texto normativo señala lo siguiente:

- "Los puertos o terminales privados de uso privado no están sujetos a los regímenes tarifarios." (Art. 13, inciso 3)
- "A solicitud de cualquier Administrador u Operador Portuario, INDECOPI evaluará si existen condiciones de competencia efectiva en el tipo de servicios portuarios de que se trate [se refiere a la prestación de servicios portuarios a terceros]. De comprobarse que existe competencia en dicho servicio, éste se prestará bajo el régimen de libre competencia." (Art. 20, tercer párrafo)

<sup>2</sup> El artículo 10 del Reglamento General de Tarifas define al Régimen Tarifario Supervisado como aquel bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que presten en condiciones de competencia en los mercados. Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la ITUP, sin perjuicio del régimen tarifario regulado, de la normatividad legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponde a OSITRAN.



- El RETA será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión, si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos. (Art. 9 y 24).
- Corresponde a OSITRAN fijar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las tarifas por servicios nuevos (Art. 17).
- En los casos de inicio de procedimiento a instancia de parte, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Jurídica, contará con un plazo máximo de 30 días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentar a la Gerencia General el Informe respectivo. De requerirse opiniones adicionales, el plazo se suspende. La Gerencia General lo someterá a consideración del Consejo Directivo quien emitirá la resolución correspondiente relativa al inicio del procedimiento tarifario (Art. 61).
- Por otro lado, la Única Disposición Complementaria del RETA establece un procedimiento relacionado con las actuaciones previas al inicio del procedimiento administrativo de fijación tarifaria, en caso el INDECOPI concluya que no existen condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público.

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

- ✓ De acuerdo con el RETA, OSITRAN tiene competencia para regular los servicios derivados de la explotación de infraestructura portuaria.
- ✓ El RETA es de aplicación supletoria a las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, es decir, en aquellas materias no desarrolladas por el Contrato o desarrolladas parcialmente.
- ✓ El RETA establece que OSITRAN deberá regular mediante la fijación de tarifas en caso los servicios involucrados no sean prestados en condiciones de competencia.
- ✓ Conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del RETA, corresponde a OSITRAN fijar las tarifas de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora. En los casos de solicitud de parte, OSITRAN a través de su Consejo Directivo, cuenta con un plazo de treinta (30) días para emitir pronunciamiento sobre la procedencia de la solicitud de fijación tarifaria.

#### Fijación Tarifaria de Servicios Especiales

20. Las Cláusulas 1.23.98 y 1.23.99 del Contrato de Concesión definen a los Servicios Especiales y los Servicios Estándar de la siguiente manera:

##### "1.23.98. Servicios Especiales

*Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa,*



según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. (...)"

"1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

21. Asimismo, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece el alcance de los servicios estándar de la siguiente manera:

"8.19. **SERVICIOS ESTÁNDAR**<sup>3</sup>

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo a lo establecido en el Literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

Los Servicios Estándar se dividen en:

- a) Servicios en función a la Nave
- b) Servicios en función a la Carga

La Tarifa por estos servicios será la única contraprestación que los Usuarios están obligados a pagar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por dicho concepto. La SOCIEDAD CONCESIONARIA no podrá condicionar la prestación del Servicio Estándar a la aceptación por el Usuario de ningún otro servicio o pago adicional (...)

a) **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:**

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de la Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido del Terminal Norte Multipropósito.

(...)

3

Al respecto, debemos precisar que mediante Resolución N° 039-2012-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó una interpretación al Contrato de Concesión, en el siguiente sentido:

"La cláusula 8.19 establece una descripción general de la naturaleza y características de las actividades que conforman el Servicio Estándar, señalándose una lista de servicios meramente enunciativa. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, los servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativo-portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio en sus definiciones. El uso de barreras de contención no resulta indispensable, desde el punto de vista operativo-portuario, para completar el proceso de embarque o descarga de la carga a granel líquida en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, constituyéndose en un Servicio Especial."

*En el caso de la carga sólida a granel, el Servicio Estándar incluye:*

- i) Las actividades de estiba o desestiba, descarga/embarque con fajas transportadoras u otros equipos.*
  - ii) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje (silos), o zona de maniobra- para la recepción de la carga de la Nave y cargulo al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.*
  - iii) Pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información, y*
  - iv) Uso de infraestructura (uso de muelle).*
  - v) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.*
22. Como puede observarse, el Contrato es claro en establecer el alcance de los servicios estándar para la carga a granel, estableciendo las prestaciones que este incluye.
23. De otro lado, las cláusulas 8.20 y 8.23 del Contrato de Concesión establece el alcance de los Servicios Especiales, así como el procedimiento que debe seguir el Concesionario cuando desee iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato, de la siguiente manera:

**"8.20. SERVICIOS ESPECIALES**

*Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.*

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5.*

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra obligada a prestar a los Usuario que lo soliciten los Servicios Especiales con Tarifa.*

*En el Anexo 22 se encuentran listados los Servicios Especiales con Precio que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar, desde el inicio de la Explotación de la Concesión. Para la prestación de nuevos Servicios Especiales se deberá seguir el procedimiento establecido en la Cláusula 8.23.*

**"8.23.** *Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*

*La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN,*



deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos condiciones."

[El subrayado es nuestro]

24. En virtud de lo expuesto, podemos señalar lo siguiente:

- (i) El Concesionario está facultado a prestar adicionalmente a los servicios estándar, los servicios especiales a todos los usuarios que lo soliciten. (cláusula 8.20)
- (ii) El Concesionario se encuentra obligado a prestar a los usuarios que lo soliciten los servicios especiales con tarifa. (cláusula 8.20).
- (iii) Los servicios especiales son todos los servicios portuarios distintos a los servicios estándar (cláusula 1.23.98).
- (iv) Por los servicios especiales que brinde, el Concesionario tendrá derecho a cobrar un precio o una tarifa (cláusula 1.23.98).
- (v) Antes de iniciar la prestación de cualquier servicio especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos conforme a la definición del RETA, el Concesionario deberá presentar al INDECOPI su propuesta de servicio especial debidamente sustentada, a efectos que dicha Entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia (cláusula 8.23) de dicho servicio.
- (vi) En caso INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia, OSITRAN iniciará el procedimiento de fijación o revisión tarifaria según corresponda (cláusula 8.23).

25. Cabe indicar que en el presente caso, al haber INDECOPI emitido pronunciamiento respecto a la no existencia de condiciones de competencia del servicio bajo análisis, corresponde que OSITRAN inicie el procedimiento de fijación tarifaria.

### III.2. De la solicitud de fijación tarifaria presentada por APMT

26. El artículo 61° del RETA establece el procedimiento de inicio de fijación tarifaria, disponiendo que el mismo cuenta con una etapa para determinar la admisibilidad de la solicitud y una etapa para la evaluación de procedencia de la misma, de la siguiente manera:

#### **"Artículo 61. Inicio del procedimiento a instancia de parte**

La Entidad Prestadora podrá solicitar al OSITRAN el inicio de un procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria.



La Gerencia de Regulación evaluará la admisibilidad de la solicitud presentada por la Entidad Prestadora.

Para tal efecto, dentro de los primeros tres (03) días de recibida dicha solicitud, dicha gerencia deberá solicitar a la Entidad Prestadora, de ser el caso, que realice las subsanaciones a que hubiera lugar en un plazo máximo de cinco (05) días, contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación relativa al requerimiento de subsanación.

Admitida la solicitud, la Gerencia de Regulación con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Legal contará con un plazo máximo de treinta (30) días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentar a la Gerencia General el informe respectivo. De requerirse opiniones adicionales, de acuerdo a la normativa vigente, el plazo se suspende. La Gerencia General lo someterá a consideración del Consejo Directivo en la sesión inmediata siguiente. El Consejo Directivo, sobre la base del Informe de la Gerencia de Regulación, emitirá la Resolución correspondiente relativa al inicio del procedimiento tarifario. (...)"

[El subrayado es nuestro]

27. En concordancia a lo antes señalado, el artículo 62° del RETA establece los requisitos legales mínimos que deberá contener toda solicitud de fijación de precios, de la siguiente manera:

**"Artículo 62.- Contenido de la solicitud de fijación o revisión y desregulación tarifaria**

En el caso de solicitudes de fijación o revisión tarifaria deberá contener cuando menos la siguiente información:

1. Nombre o denominación de la Entidad Prestadora solicitante;
2. Poder del representante legal de la Entidad Prestadora;
3. Marco general y justificación;
4. Definición del servicio o servicios objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria;
5. Estudio que incluya el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros y bases de datos utilizados en el estudio;
6. Definición y sustentación de la metodología utilizada como base para la propuesta de fijación tarifaria.
7. Proyección de la demanda;
8. Plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas;
9. Costos operativos;
10. Costo de capital;
11. Flujo de caja;
12. Análisis de sensibilidad;
13. Comparación tarifaria internacional, de ser el caso;
14. Información financiera auditada;
15. Proyecciones del cofinanciamiento del Concedente, de ser el caso. (...)"

[El subrayado es nuestro]

28. Como se puede observar, el artículo 61° del RETA dispone que la Entidad Prestadora, podrá solicitar a OSITRAN el inicio del procedimiento de fijación, revisión y desregulación tarifaria. Asimismo, establece que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos evaluará la admisibilidad de dicha solicitud, en un plazo de tres (03) días de recibida la solicitud.
29. De la revisión de la solicitud presentada por el Concesionario, se observa que la misma no ha remitido la información señalada en los numerales 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 62° del RETA, consistente en: (i) plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas,



(ii) costos operativos, (iii) costos de capital, (iv) flujo de caja, y (v) análisis de sensibilidad.

30. Al respecto, el Resumen Ejecutivo adjunto a la solicitud presentada, establece que:

*"A manera de resumen, se puede indicar que no es necesaria la presentación de estos cinco (05) puntos debido a que se ha utilizado la metodología de tarificación comparativa (también denominada benchmarking) para la fijación de tarifas y; en concordancia con los principios establecidos por el artículo 18 del RETA y la experiencia regulatoria en fijación de los servicios portuarios, no se requiere y no es necesario la cuantificación de costos (incluyendo inversión), flujos de caja (tasa de descuento) y análisis de sensibilidad".*

31. Luego del análisis efectuado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos a la Propuesta Tarifaria del Concesionario, la información remitida resulta, en esta etapa del procedimiento, suficiente para realizar la fijación tarifaria bajo la metodología propuesta por APMT, esto es, la tarificación comparativa o *benchmarking*. En efecto, de aplicarse la metodología propuesta por el Concesionario, no resulta necesaria la presentación de la información contemplada en los incisos 8 al 12 del artículo 62 del RETA. Siendo ello así, en virtud del Principio de Simplicidad y Eficacia establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> no es necesario solicitar dicha información.

32. No obstante, es importante señalar que en caso el Regulador considere que no resulta conveniente utilizar la metodología propuesta por el Concesionario y, por tanto, decidiera recurrir a otra metodología que requiera información adicional a la proporcionada por el Concesionario en su solicitud, OSITRAN podrá efectuar el requerimiento de información adicional al administrado a fin de ejercer adecuadamente su función reguladora.

### III.3. Propuesta del Concesionario

#### Definición del servicio

33. La propuesta del Concesionario define el alcance del servicio bajo análisis de la siguiente manera:

4

Ley 27444

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

**1.10. Principio de eficacia.**- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

*En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.*

(...)

**1.13. Principio de simplicidad.**- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir"



"En el caso de retiro, consiste en desarmar y desembarcar todos los materiales que son utilizados para dividir o separar artificialmente el espacio de una o varias bodegas de la nave. En el caso de colocación, consiste en el embarque de los materiales y la elaboración (o construcción) de separadores artificiales con dichos materiales".

34. De acuerdo con lo señalado por el Concesionario en su propuesta, el servicio se brindará en las bodegas de aquellas naves que arriben al TNM con el fin de embarcar o descargar carga sólida a granel (conocidas como naves graneleras o *bulk carrier*), excepto en aquellas naves graneleras que arriban para embarcar concentrados de minerales de exportación.
35. Asimismo, el Concesionario indica que para la prestación del servicio suministrará una serie de recursos adicionales, entre los que destacan el personal adicional dedicado a la colocación o remoción de separadores artificiales, así como los equipos utilizados para el embarque o desembarque de los materiales que serán o han sido utilizados como separadores artificiales.
36. Por otro lado, APMT sostiene que los demandantes y responsables de pago del servicio analizado serán los consignatarios de la carga o sus representantes, salvo que el contrato de transporte marítimo indique lo contrario.

#### **Unidad de cobro**

37. En su propuesta tarifaria el Concesionario señala que el servicio bajo análisis se facturará por cada operación de retiro o colocación de un separador artificial, dado que esta unidad de cobro es la que conocen los usuarios del servicio.
38. Adicionalmente, el Concesionario ha identificado otras unidades de cobro del servicio, por ejemplo, en el puerto de Angamos se cobra por turno, mientras que en los puertos de San Vicente y Coronel se cobran por Hombre/Turno. No obstante ello, APMT considera que por razones de simplicidad y aplicabilidad, la unidad de cobro adecuada es una tarifa por operación de retiro o colocación.

#### **Metodología para fijar la Tarifa**

39. Con la finalidad de escoger la metodología óptima para el cálculo de la tarifa del servicio bajo análisis, el Concesionario evalúa en su propuesta tarifaria las ventajas y desventajas de la metodología de tarificación comparativa o *benchmarking*, y la metodología de costos incrementales.
40. Al respecto, APMT considera que la metodología óptima para el cálculo de la tarifa a cobrar por el servicio bajo análisis es la metodología de *benchmarking*. Para tal fin, el concesionario sustenta su metodología en que: i) identificaron terminales portuarios que prestan el servicio bajo análisis y cobran por ello una tarifa independiente de la tarifa por servicio estándar que se le aplica a la mercancía a granel sólido; ii) el alcance del servicio bajo análisis coincide con el que se ofrece en estos puertos internacionales; y iii) dado que la muestra considerada enfrenta competencia, se reduce al máximo el riesgo de que se obtenga beneficios mayores que cero y como la demanda posiblemente sea muy baja, y por lo tanto no existe forma de obtener rentas económicas.

41. Además, es importante indicar que la muestra seleccionada por el Concesionario está compuesta por operadores de terminales portuarios de Chile, los cuales, según APMT, enfrentan competencia, lo cual elimina o reduce el riesgo de obtener beneficios superiores a cero. Por tanto, por tales razones justifica que la metodología óptima para obtener la tarifa del servicio bajo análisis es la tarificación comparativa o *benchmarking*.
42. Adicionalmente, APMT analiza la posibilidad de utilizar la metodología de costos incrementales. Al respecto, argumenta que las proyecciones de demanda futura son inciertas, ya que no existen variables o *inputs* confiables que la expliquen. De manera similar, el Concesionario indica que existe dificultad y poca probabilidad de realizar una asignación objetiva de los costos comunes para prestar el servicio en cuestión. Dadas dichas características, el Concesionario descarta utilizar esta metodología para el cálculo de tarifas del servicio bajo análisis.

### **Propuesta tarifaria**

43. El Concesionario propone que la tarifa por el servicio de Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves se fije por operación de retiro o colocación.
44. Sobre la base de una muestra constituida por dos terminales portuarios de Chile (Puerto Panul y Antofagasta Terminal Internacional), APMT obtiene una tarifa promedio de USD 5 450 por operación, la cual representa su propuesta tarifa. (ver Cuadro N° 1).

**Cuadro N° 1**

Tarifas propuesta para el servicio retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves

Terminal Portuario	Denominación servicio	Unidad de cobro	Tarifa
Puerto Panul	Retiro separaciones artificiales	Cada una	7 000,00
Antofagasta Terminal Internacional (STI)	Confección mamparo graneles	Mamparo	3 900,00
<b>Promedio</b>		<b>Por separador artificial</b>	<b>5 450,00</b>

Fuente: Propuesta Tarifaria de APMT.

## **IV. Proceso de fijación tarifaria**

### **Alcances de la tarifa a fijar**

45. El servicio especial bajo análisis consiste en el retiro, en desarmar y desembarcar todos los materiales que son utilizados para dividir o separar artificialmente el espacio de una o varias bodegas de la nave. En el caso de colocación, consiste en el embarque de los materiales y la elaboración (o construcción) de separadores artificiales con dichos materiales.

### **Estructura Tarifaria**

46. El Servicio Especial bajo análisis será cobrado al consignatario de la carga o su representante, dado que el transporte marítimo de la carga sólida a granel se realiza bajo la modalidad F.I.O (*Free In and Free Out*), es decir, es el consignatario de la carga que asume los costos totales por la manipulación de la carga en el terminal.



47. Cabe precisar que la tarifa que se establezca para el Servicio Especial bajo análisis es una tarifa máxima o tope. En ese sentido, el Concesionario tiene la opción de cobrar tarifas menores, si lo considera pertinente de acuerdo con su política comercial.

### **Metodología de fijación**

48. El artículo 19 del RETA, referido a las Metodologías para fijación y revisión tarifaria, señala lo siguiente:

#### ***"Artículo 19. Metodología para la fijación y revisión tarifaria***

*Corresponde al OSITRAN establecer la metodología en base a la cual se realizará la propuesta*

*En el caso de iniciarse un procedimiento de fijación tarifaria la propuesta podrá sustentarse en la aplicación de cualquiera de los conceptos y metodologías listadas a continuación, las mismas que tienen carácter meramente enunciativo:*

- 1. Costos Incrementales*
- 2. Costo Marginal*
- 3. Costos Totalmente Distribuidos*
- 4. Elasticidad Inversa o Precios Ramsey*
- 5. Tarifas Tope o Máximas (Price Caps)*
- 6. Tarifación comparativa (Benchmarking)*
- 7. Tasa de Retorno*
- 8. Empresa Eficiente"*

49. Al respecto, es importante resaltar que APMT indica en su propuesta tarifaria que la metodología óptima para el cálculo de la tarifa por este servicio es la metodología de Tarifación Comparativa o *Benchmarking*. Sobre dicha metodología, el Anexo I del RETA menciona lo siguiente:

#### ***"Tarifación comparativa (benchmarking)***

*Consiste en determinar las tarifas a partir de comparaciones relevantes entre los costos o tarifas de infraestructuras con otras de características similares a la que se desea tarifar. Algunas veces las características entre una infraestructura y otra son diferentes, lo que puede afectar la comparación. Diferencias como el marco regulatorio, la base impositiva, el tipo de moneda de cobro, el empaquetamiento o no de los servicios, políticas tarifarias, riesgo regulatorio, entre otros, pueden reducir la confiabilidad de una comparación tarifaria. Sin embargo, su utilidad sigue siendo válida, por el menor costo y rapidez, más aún cuando existe una convergencia en la estructura y en los costos logísticos en el ámbito internacional. Bajo esta metodología se puede medir el impacto relativo que ejercen los costos de la infraestructura sobre el costo logístico."*

(El subrayado es nuestro.)

50. Cabe precisar que la muestra utilizada por APMT para sustentar su propuesta tarifaria incluye únicamente cinco (05) terminales portuarios de Chile; sin embargo, debido a las diferencias en las unidades de cobro, esta muestra se reduce a solo dos (02) terminales (Puerto Panul y Antofagasta Terminal Internacional). Adicionalmente, se ha identificado que el Puerto Panul, en su última versión del tarifario, ha incrementado sus

tarifas a USD 24 mil<sup>5</sup> en contraste con los USD 7 mil considerados por APMT en su propuesta tarifaria, y con los USD 3,9 mil que se cobran en Antofagasta Terminal Internacional por la prestación del servicio especial analizado.

51. El Regulador, luego de analizar la propuesta del Concesionario, ha llegado a la conclusión que no sería apropiado utilizar la metodología de *benchmarking* propuesta por APMT para el servicio analizado, debido a la escasa información disponible de tarifas cobradas por los servicios comparables al propuesto y la existencia de una alta dispersión en los datos analizados.
52. Para identificar la metodología más apropiada para determinar la tarifa por el servicio propuesto, es necesario considerar los siguientes puntos:
  - Para la prestación del servicio propuesto no se requiere la utilización de infraestructura adicional (amarradero y/o muelle), toda vez que el tiempo de permanencia de la nave en el muelle está incluido en el Servicio Estándar a la Nave. Por lo tanto, no es necesario realizar una distribución de costos comunes del muelle, tal como lo afirma el Concesionario en su propuesta.
  - Pueden identificarse los costos asociados directamente a la prestación del servicio bajo análisis. Por ejemplo, los elementos adicionales distintos a los utilizados en el servicio estándar o el personal requerido para realizar dicho servicio.

Es decir, los costos adicionales estrictamente necesarios para la prestación del servicio bajo análisis están plenamente identificados.

53. En consecuencia, para la fijación tarifaria del servicio especial materia del presente procedimiento, el Regulador utilizará la metodología de costos incrementales.

#### **"1.1. Principales Metodologías de Fijación Tarifaria Costos Incrementales**

*Consiste en establecer tarifas sobre la base de los costos que se derivan de proveer un servicio adicional. El costo incremental se refiere a los costos creados por cambios discretos en el nivel de producción de servicios. El costo incremental de largo plazo son los costos adicionales estrictamente necesarios para proveer los servicios de infraestructura de transporte de uso público en forma eficiente, de acuerdo a la tecnología disponible y con el nivel de calidad establecido. Dichos costos permiten cubrir los costos de operación, de mantenimiento y de gastos de capital. Si el servicio deja de prestarse, no se producen efectos sobre el nivel tarifario del resto de los servicios.*

*Esta metodología puede ser utilizada, cuando los costos adicionales que impone la provisión de un servicio nuevo o la atención de un usuario adicional, son claramente identificables y separables de la estructura general de costos de la empresa; o existen drivers que permiten objetivamente asignarle costos a dicho servicio."*

54. Adicionalmente, es importante mencionar que existen precedentes de la aplicación de esta metodología en la determinación de las tarifas de tres servicios especiales nuevos brindados por APMT (Re-estiba de carga fraccionada, Re-estiba de carga Rodante y Embarque/descarga de carga de proyecto), con lo cual el Regulador cumple con el principio de predictibilidad.

Ver la versión 32 del tarifario del Puerto de Panul. (<http://www.panul.cl/archivos/3304Tarifas.pdf>)

### Unidad de cobro

55. Con relación a la unidad de cobro del servicio bajo análisis, se ha identificado las siguientes posibilidades:

- Por cuadrillas – jornada requeridas
- Por cada operación de retiro o colocación de un separador artificial

56. Al respecto, debe mencionarse que el cobro de una tarifa por cuadrillas o jornadas de trabajo generaría incentivos a sobre utilizar los recursos adicionales (mano de obra y/o equipamiento), produciendo sobrecostos en la tarifa. De otra parte, los costos adicionales que implicaría el retiro de un separador artificial podrían diferir significativamente de los que se incurriría en la colocación del mismo, por tanto, el Regulador considera que la unidad de cobro debe estar relacionada con cada operación que se realiza, esto es, por cada operación de retiro de un separador artificial y por cada operación de colocación de un separador artificial.

### V. CONCLUSIONES

57. En virtud de lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- (i) La solicitud de fijación tarifaria presentada por APMT para el Servicio Especial "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves" es procedente.
- (ii) No se empleará la metodología de benchmarking propuesta por APMT, debido a la escasa información disponible de tarifas cobradas por los servicios comparables al propuesto y la existencia de una alta dispersión en los datos analizados.
- (iii) La metodología a utilizarse para la fijación de la tarifa del servicio analizado es la de Costos Incrementales, dado que para la prestación del servicio propuesto no se requiere la utilización de infraestructura adicional y se pueden identificar los costos asociados directamente a la prestación del servicio bajo análisis.

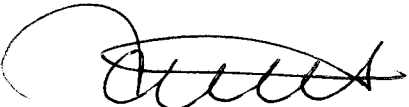
### VI. RECOMENDACIÓN

Remitir el presente informe para la aprobación del Consejo Directivo, con el objeto que dicho cuerpo colegiado disponga el inicio del procedimiento de fijación tarifaria, a pedido de la Entidad Prestadora, del servicio especial de "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves".

Atentamente,



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



**MILAGROS VANESSA JUÁREZ MORALES**  
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, xx de abril de 2016

Nº xx-2016-CD-OSITRAN

### VISTOS:

El Informe Nº 008-16-GRE-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, el cual se pronuncia sobre la solicitud de fijación tarifaria formulado por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario), para la prestación del servicio especial "Retiro/colocación de separadores artificiales en las bodegas de las naves"; y,

### CONSIDERANDO:

Que, el literal b) del numeral 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone que la función reguladora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que es misión de OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7º de la precitada Ley, atribuye a OSITRAN la Función Reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el artículo 2º del Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17º del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la Función Reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, el artículo 16º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, precisa que OSITRAN fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura, en virtud de un título legal o contractual;

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

Que, mediante Carta Nº 418-2015 APMT/LLR de fecha 07 de setiembre de 2015, el Concesionario remitió al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), con copia al OSITRAN, su propuesta del servicio especial

