

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 050-2006-CD-OSITRAN

Lima, 23 de agosto de 2006

El Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe N° 031-06-GRE-OSITRAN, mediante el cual se evalúa la admisibilidad y procedencia de la solicitud presentada por ENAPU a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) para revisar las tarifas máximas de los servicios portuarios bajo régimen de regulación que se prestan en los terminales portuarios de Paita y Callao; y, además evalúa la procedencia de la solicitud presentada por la APN para la aprobación de tarifas provisionales por los servicios que presta ENAPU en los terminales portuarios de Paita y Callao; y, el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados al Consejo Directivo en su sesión de fecha 23 de agosto de 2006;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con las Leyes N° 26917, N° 27332 y N° 27631 OSITRAN regula los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras públicas o privadas. En tal sentido, OSITRAN regula, supervisa y fiscaliza a las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Del mismo modo, vela por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión de la infraestructura bajo su ámbito;

Que, como parte de su función reguladora corresponde a OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, determinar las tarifas, ya sean mediante procesos de fijación o revisión de tarifaria, para los servicios derivados de la explotación que se encuentran bajo su ámbito, en los casos en que éstos no se presten en condiciones de competencia;

Que, en la solicitud presentada por ENAPU a través de la APN, se propone revisar las tarifas correspondientes a servicios que se derivan de la explotación de infraestructura de transporte de uso público de los Terminales Portuarios del Callao y Paita, que se encuentran actualmente regulados mediante la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN;

Que, los procedimientos aplicables a las propuestas tarifarias que contiene la solicitud de revisión tarifaria de la APN en los terminales portuarios del Callao y Paita son los establecidos en los artículos 61° al 63° de RETA, para la Propuesta de Tarifa

Definitiva; y, en los artículos 64° al 67° del RETA para la propuesta de tarifa provisional;

Que, de acuerdo a lo señalado en el Informe de Vistos, no existe un sustento técnico y legal para sostener que el costo de cumplimiento de las obligaciones pensionarias derivadas de la aplicación de la Ley N° 20530 deba ser incorporado en los costos por servicios portuarios y asumido mediante tarifas por los usuarios de los puertos administrados por ENAPU; por lo que éste no es un argumento válido para solicitar una revisión de los niveles tarifarios de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN;

Que, en consecuencia, del análisis realizado en el Informe de Vistos en relación a la solicitud de revisión de tarifas presentada por la APN, se establece que no es procedente la solicitud de la revisión de tarifas para el Terminal Portuario de Paita, toda vez que no se acredita elementos que modifiquen sustancialmente los supuestos del Estudio Tarifario Versión 5.0; y, que según dicho análisis, sí es procedente para el caso específico de los servicios de uso de amarradero y uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies que se movilizan por el Terminal Portuario del Callao;

Que, en lo relativo a la solicitud de fijación de tarifas máximas provisionales para uso de muelle y uso de amarradero en el Terminal Portuario del Callao (TPC), el Informe de Vistos señala que la fijación de dichas tarifas máximas provisionales está condicionada a que en el corto plazo ENAPU implemente dos grúas pórtico. Posteriormente, las tarifas máximas definitivas confirmarán o modificarán las tarifas provisionales propuestas;

Que, el Consejo Directivo aprobó parcialmente el Informe N° 031-06-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación, incorporándolo a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, sólo contempla la aplicación de tarifas provisionales al caso de servicios nuevos, más no para el de servicios que se vienen prestando con anterioridad a la fecha de solicitud de revisión tarifaria;

Que, el artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – norma general para el presente caso - prevé el mecanismo de medidas cautelares;

Que, el Organismo Regulador debe ser predecible, dando seguridad jurídica a los administrados; razón por la cual debe aplicarse la norma especial sobre la general;

Que, en el caso de que el procedimiento tarifario determine un incremento de las tarifas definitivas, la no aplicación de una tarifa mayor durante el proceso, de acuerdo a lo planteado en el Informe N° 031-06-GRE-OSITRAN, generaría un costo adicional de US \$ 2.2 millones para la Entidad Prestadora;

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal b) de la Ley N° 26917, que faculta a OSITRAN a operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los límites que fija la ley; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo, en su sesión de fecha 23 de agosto de 2006;

RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar procedente la solicitud de revisión de tarifas máximas para el Terminal Portuario de Callao, para los servicios de Uso de amarradero y de Uso de muelle para contenedores llenos de 20 y de 40 pies.

Artículo 2º.- Declarar improcedente la solicitud de revisión de tarifas máximas para los demás servicios que se brindan en el Terminal Portuario del Callao.

Artículo 3º.- Declarar improcedente la solicitud de revisión de tarifas máximas para el Terminal Portuario de Paita.

Artículo 4º.- Declarar improcedente la solicitud de aprobación de tarifas máximas provisionales para los servicios portuarios que se brindan en los terminales portuarios de Callao y Paita.

Artículo 5º.- Declarar improcedente la solicitud de dejar sin efectos jurídicos la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD-OSITRAN, desde su entrada en vigencia.

Artículo 6º.- Declarar que en caso que las tarifas máximas que se aprueben en el marco de un nuevo proceso de revisión tarifaria requieran alguna compensación, ésta deberá ser considerada en el flujo que le corresponda de las tarifas que se establezcan, desde la fecha del inicio del proceso.

Artículo 7º.- Declarar la disposición de OSITRAN para evaluar los sustentos adicionales que APN y ENAPU presenten a sus propuesta tarifarias.

Artículo 8º.- Encargar a la Administración que en el proyecto de modificación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, se considere la fijación de tarifas provisionales en casos distintos al de servicios nuevos.

Artículo 9º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 031-06-GRE-OSITRAN a la Autoridad Portuaria Nacional y a ENAPU.

Artículo 10º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, se autoriza la difusión de la Resolución y del Informe N° 031-06-GRE-OSITRAN en la página Web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDO CHANG CHIANG
Presidente

INFORME N° 031-06-GRE-OSITRAN

A: Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De: Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Lincoln Flor Rojas
Gerente Adjunto de Regulación

Asunto: Procedencia de solicitud para la revisión de tarifas máximas de ENAPU y fijación de tarifa provisional

Referencia: Oficio N° 163-2006-APN/PD/DIPLA
Propuesta de revisión de tarifas máximas elaborada por ENAPU

Fecha: 18 de Agosto de 2006

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de julio de 2004, mediante Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN, se aprobó la nueva estructura y niveles tarifarios máximos para los servicios que presta ENAPU S.A. bajo régimen de regulación. Dichas tarifas, se sustentaron en el Informe “ Revisión de Tarifas Máximas de los Servicios Portuarios de ENAPU. Estudio Tarifario. Versión 5.0”.
2. El 23 de septiembre de 2004, mediante Resolución N°044-2004-CD/OSITRAN, se declara infundado el recurso de nulidad presentado por ENAPU S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2004-CD/OSITRAN.
3. El 6 de diciembre de 2004, mediante Resolución N° 062-2004-CD-OSITRAN se dispone que las tarifas máximas aprobadas por Resolución 031-2004-CD/OSITRAN entren en vigencia el 1° de febrero de 2005.
4. El 14 de enero de 2005, el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao concedió a ENAPU una medida cautelar, por la cual se suspende los efectos de las Resoluciones N° 044-2004-CD-OSITRAN y N° 031-2004-CD-OSITRAN.
5. El 4 de abril de 2006, la Segunda Sala Civil del Callao declara la nulidad del auto que concedió la medida cautelar solicitada por ENAPU S.A.

6. El 28 de abril de 2006, mediante Oficio N° 1287-2006/DE-FONAFE, el Fondo Nacional de de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) solicita la suspensión de la Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN.
7. El 4 de mayo de 2006, mediante Oficio N° 2006-APN/PD, la Autoridad Portuaria Nacional (APN) solicita evaluar la posibilidad de suspender la vigencia de las tarifas aprobadas por Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN.
8. El 5 de mayo de 2006, mediante Carta N° 301-2006-ENAPU S.A./GG, ENAPU solicita la suspensión de la Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN, en tanto concluya la elaboración de la propuesta.
9. El 18 de mayo de 2006, mediante Oficio Circular N° 035-06-SCD-OSITRAN, se notifica a ENAPU el acuerdo del Consejo Directivo de fecha 12 mayo de 2006 con relación a las solicitudes presentadas por FONAFE, APN y ENAPU para suspender la vigencia de las tarifas aprobadas por Resolución por N°031-2004-CD/OSITRAN.
10. El 23 de mayo de 2006, mediante Carta N° 330-2006 ENAPUSA/GG, ENAPU solicita un procedimiento extraordinario para suspender la vigencia de la Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN.
11. El 30 de mayo de 2006, mediante Oficio N° 126-06-GG-OSITRAN, OSITRAN comunica a ENAPU que se encuentra legalmente imposibilitado de aplicar procedimientos sin el sustento legal y económico correspondiente, por no estar ello contemplado en el marco normativo legal, y solicita cumplir con presentar su propuesta tarifaria respectiva de conformidad al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.
12. El 14 de julio e 2006, mediante Carta N° 470-2006-ENAPU/GG, ENAPU remite la propuesta tarifaria y definitiva para los terminales portuarios de Paita y Callao.
13. El 24 de julio de 2006, mediante Oficio N° 163-2006-APN/PD/DIPLA, la APN remite la propuesta tarifaria para los servicios sujetos a régimen de regulación de los terminales portuarios de Paita y Callao.
14. El 26 de julio de 2006, mediante Decreto Supremo N° 129-2006-EF, se transfiere a la Oficina de Normalización Provisional (ONP) la administración y pago de pensiones correspondientes a los terminales de Ilo, Supe/Huacho, Gral. San Martín, Paita, Chimbote e Iquitos.
15. El 7 Agosto de 2006, mediante Oficio N° 093-06-GRE-OSITRAN, OSITRAN solicita a ENAPU remitir los poderes o Resolución de Designación del representante legal a efectos de evaluar la admisibilidad de la solicitud.

II. OBJETIVOS

- Evaluar la admisibilidad y procedencia de la solicitud presentada por al APN para revisar las tarifas máximas de los servicios portuarios bajo régimen de regulación que se prestan en los terminales portuarios de Paita y Callao.

- Evaluar la procedencia de la solicitud presentada por la APN de aplicación de una tarifa provisional a los servicios que presta ENAPU en los terminales portuarios de Paita y Callao y, de ser el caso, definir la tarifa provisional correspondiente.

III. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

16. El artículo 13.1 de la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), aprobada por Ley N° 27943 establece:

La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realizan fuera del régimen de libre competencia, esta sujeta al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y/o de las Autoridades Portuarias Regionales, según la delegación de facultades señalada en el artículo 21.2 de la presente Ley. Los administradores portuarios pueden presentar sus propuestas tarifarias de acuerdo a lo señalado en el artículo 21.2 de la presente Ley.

17. Los artículos 59° y 60° del Reglamento de la LSPN, aprobada por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, modificado por el DS 013-2004-MTC, establece lo siguiente:

Artículo 59°.-

a. Cuando no existan condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley que quieran establecer un régimen de tarifas deberán solicitar previamente al INDECOPI que se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia. El INDECOPI tendrá un plazo perentorio de 70 días hábiles para pronunciarse.

De comprobarse la no existencia de condiciones de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá proponer dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI, un régimen tarifario a OSITRAN. Si vencido dicho plazo no se hubiese presentado propuesta, OSITRAN, de oficio, establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que sea OSITRAN quien solicite el pronunciamiento de INDECOPI, y se comprobara la no existencia de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

b. En los casos de revisión total o parcial de tarifas en la utilización de bienes, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley, podrán remitir su propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional, quién deberá pronunciarse dentro de un plazo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que OSITRAN considere necesaria una revisión total o parcial de tarifas, deberá solicitar una propuesta de régimen tarifario a la Autoridad Portuaria Nacional, quien deberá presentarla dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta,

OSITRAN de oficio podrá establecer el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

c. Todas las propuestas de régimen tarifario, deberán efectuarse de acuerdo al procedimiento que para tal efecto establezca OSITRAN de acuerdo con la Ley N° 27838.

d. En los casos en los que la Autoridad Portuaria Nacional suscriba contratos y compromisos contractuales con base al Plan Nacional de Desarrollo Portuario, las tarifas se establecerán conforme al literal e) del artículo 12 de la Ley.”

18. El literal 2.1 de las Disposiciones Complementarias del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), aprobado por Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN, establece los requisitos y procedimientos que se deben seguir en el caso de una revisión total o parcial de tarifas máximas por servicios portuarios

2.1 A solicitud del Administrador Portuario

En los casos de revisión total o parcial de Tarifas Máximas aplicables a los servicios portuarios prestados por un Administrador Portuario, que están sujetos al Régimen de Regulación Tarifaria, los Administradores Portuarios podrán remitir su propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional con copia a OSITRAN.

Es competencia exclusiva de OSITRAN, evaluar la admisibilidad y procedencia de la solicitud presentada por el Administrador Portuario. Para tal efecto, dentro de los primeros tres (03) Días de recibida dicha solicitud, OSITRAN 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

(...)

Para tal efecto, de conformidad con lo establecido en el Literal c) del Artículo 59° del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-MTC; la Autoridad Portuaria Nacional presentará su propuesta conforme a lo establecido en el Artículo 62° del presente Reglamento

Una vez recibida la propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional se seguirá el procedimiento conforme a lo establecido en los Artículos 56° al 60°, sin perjuicio de la facultad de OSITRAN de requerir información al Administrador Portuario a que se refiere el Artículo 55° del presente Reglamento.

(...)

19. El artículo 62° del RETA establece el contenido de la solicitud de fijación o revisión tarifaria a instancia de parte:

Artículo 62°.- Contenido de la solicitud de fijación o revisión tarifaria

La solicitud de fijación o revisión tarifaria deberá contener cuando menos la siguiente información:

1. *Indicación 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 o revisión tarifaria.*
7. *Proyección de la demanda;*
8. *Plan de inversiones;*
9. *Costos operativos;*
10. *Costo de capital;*
11. *Flujo de caja;*
12. *Análisis de sensibilidad;*
13. *Comparación tarifaria internacional, de ser el caso;*

20. De conformidad a la Ley 26917, ENAPU es una Entidad Prestadora que se encuentra bajo la competencia de OSITRAN, toda vez que ENAPU cuenta con título legal para explotar infraestructura de transporte (portuaria) de uso público, en virtud al Decreto Legislativo N° 98 – Ley de la Empresa Nacional de Puertos y el artículo 20° de la Ley N° 27943- Ley del Sistema Portuario Nacional. Las tarifas máximas vigentes para los servicios que presta ENAPU bajo régimen de regulación han sido aprobadas por OSITRAN mediante la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, la misma que alcanza a los terminales portuarios de Paita, Salaverry, Chimbote, Callao, Gral. San Martín e Ilo. La solicitud de revisión de tarifas máximas presentada por la APN comprende los servicios regulados en los terminales portuarios de Paita y Callao.
21. En este procedimiento no se requiere del pronunciamiento de INDECOPI, toda vez que no se trata de servicios nuevos o de una desregulación tarifaria. Los servicios portuarios que están comprendidos en la solicitud de la APN se encuentran actualmente bajo régimen de regulación por no presentar condiciones de competencia, aspecto que se evaluó en el 2004 y que se mantiene a la fecha, toda vez que nos se ha registrado cambios que indiquen que las condiciones de competencia en el mercado se han modificado. Por lo tanto, en tanto se mantengan estas condiciones se justifica la regulación tarifaria.
22. Con relación al cumplimiento de los requisitos que establece el RETA solicitar la revisión de tarifas a instancia de parte, la APN mediante Oficio N° 355-2006-APN/PD/DIPLA, de fecha 8 de agosto del año en curso, ha remitido copia certificada del Acuerdo N° 235-45-02/02/2006/D que resuelve encargar al Sr. Frank Boyle Alvarado , Presidente del Directorio de la APN, las atribuciones y funciones de la Gerencia General, la misma que en virtud al artículo 11° del Reglamento de Organización y Funciones de la APN, aprobado por D.S. N° 034-2004-MTC, ejerce la representación legal, administrativa y judicial de la APN.
23. Con la presentación de la documentación señalada en el numeral precedente la APN ha cumplido con subsanar la solicitud de revisión de tarifas. En consecuencia, la solicitud presentada por la Autoridad Portuaria Nacional cumple con los requisitos que exige el RETA para declarar la admisibilidad de la solicitud de revisión de tarifas máximas en los terminales portuarios de Paita y Callao.

IV. ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

IV.1. Contenido de la Solicitud:

24. La solicitud de revisión de tarifas presentada por la APN comprende dos propuestas:

- a) **Propuesta tarifaria con carácter definitivo**, corresponde a la propuesta elaborada por ENAPU a la que la APN recomienda agregar supuestos adicionales. De conformidad al RETA, esta propuesta será objeto de un análisis de procedencia con la finalidad de establecer si existe elementos suficientes que justifiquen el inicio de un procedimiento de revisión tarifaria a instancia de parte.
- b) **Solicitud de aplicación de una tarifa provisional**, corresponde a la propuesta elaborada por ENAPU y ratificada por la APN. En este caso, se solicita la aprobación de tarifas provisionales en los niveles que propone ENAPU, que tendrían vigencia en tanto no finalice el procedimiento de revisión de tarifas con carácter definitivo. Sobre este particular, en el caso OSITRAN deberá emitir un pronunciamiento con relación a la procedencia de este extremo de la solicitud, y en segundo lugar, fijar las tarifas provisionales pertinentes.
- c) Si bien no es mencionado como parte de las pretensiones de la APN, el documento que adjunta como parte de su solicitud, (el Informe de ENAPU), solicita dejar sin efecto la Resolución N°031-2004-CD/OSITRAN, así como sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, un objetivo adicional del presente informe es emitir un pronunciamiento respecto de dicha pretensión

IV.2. Marco normativo de OSITRAN:

IV.2.1. Alcance de la función reguladora de OSITRAN:

25. De conformidad a las Leyes N° 26917, N° 27332 y N° 27631 OSITRAN regula los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras públicas o privadas. En tal sentido, OSITRAN regula, supervisa y fiscaliza a las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Del mismo modo, vela por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión de la infraestructura bajo su ámbito.
26. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 1° del Reglamento General de OSITRAN (REGO) aprobado por D.S N° 044-2006-PCM, se entiende por "infraestructura", el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional de carreteras y otras de transporte de uso público.
27. Como parte de su función reguladora corresponde a OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, determinar las tarifas, ya sean mediante procesos de fijación o revisión de tarifaria, para los servicios derivados de la explotación que se encuentran

bajo su ámbito, en los casos en que éstos no se presten en condiciones de competencia. Asimismo, OSITRAN es competente para determinar los cargos de acceso.

28. En tal virtud, la función reguladora de OSITRAN se ejerce de acuerdo a su Ley de creación:

<<Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

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

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

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

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

29. Del mismo modo, se debe considerar que de acuerdo al REGO, existen principios que involucran el ejercicio de todas las funciones de OSITRAN, en cuanto a las decisiones y acciones que adopte. Entre aquellos directamente relacionados al ejercicio de la función reguladora están el Principio de Libre Acceso, de Neutralidad y No Discriminación, así como el de eficiencia y efectividad, entre otros.

IV.2.2. El Reglamento General de Tarifas

30. De acuerdo al Artículo 4º del Reglamento General de Tarifas (RETA), dicha norma se aplica al procedimiento de fijación y revisión de las tarifas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual.

31. Asimismo, el Artículo 9º del RETA establece que las Entidades Prestadoras Concesionarias deberán sujetarse a dicha norma y a la regulación tarifaria que establezca OSITRAN.

32. El artículo 17º del RETA establece que OSITRAN llevará a cabo procedimientos de fijación y revisión tarifaria de acuerdo a los siguientes alcances:

- Se llevará a cabo una revisión parcial de tarifas, en los casos en que se compruebe distorsiones que afectan un número limitado los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público como consecuencia de cambios tecnológicos, variaciones imprevisibles de costos, inversiones u otras causales económicas debidamente sustentadas. En tal caso, de oficio o a pedido de parte, OSITRAN realizará la revisión tarifaria conforme al procedimiento establecido en el Título V.*
- Es facultad de OSITRAN llevar a cabo una revisión integral del Sistema Tarifario establecido para determinada Entidad Prestadora, en los casos en que a criterio de*

OSITRAN se verifique la existencia de cambios estructurales que hayan afectado el comportamiento del mercado y la existencia de distorsiones en el sistema tarifario. En tal caso, de oficio o a pedido de parte, OSITRAN realizará la revisión tarifaria conforme al procedimiento establecido en el Título V.

- Corresponde a OSITRAN determinar de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora, las Tarifas para servicios nuevos.

33. El Artículo 61° del RETA señala establece que la Entidad Prestadora deberá solicitar a OSITRAN la fijación o revisión de tarifas en los casos a que se refiere el Artículo 11° del mismo Reglamento. El Artículo 11°, a su vez, establece que en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público¹, en los que no exista competencia efectiva o no sea posible garantizarla a través de la regulación del acceso a las Facilidades Esenciales asociados a dichas infraestructuras, OSITRAN determinará las Tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados.

34. El numeral 2.1 de la Disposición Complementaria del RETA, establece las reglas y procedimientos para la revisión parcial o total de tarifas por servicios portuarios a solicitud del administrador portuario:

En los casos de revisión total o parcial de Tarifas Máximas aplicables a los servicios portuarios prestados por un Administrador Portuario, que están sujetos al Régimen de Regulación Tarifaria, los Administradores Portuarios podrán remitir su propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional con copia a OSITRAN.

Es competencia exclusiva de OSITRAN, evaluar la admisibilidad y procedencia de la solicitud presentada por el Administrador Portuario. Para tal efecto, dentro de los primeros tres (03) Días de recibida dicha solicitud, OSITRAN 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.

Una vez efectuada la subsanación respectiva, la Gerencia de Regulación contará con un plazo máximo de diez (10) Días para evaluar la procedencia de la solicitud y presentarla a la Gerencia General quien lo someterá a consideración del Consejo Directivo en la sesión inmediata siguiente. En caso de ser procedente la solicitud se remitirá a la Autoridad Portuaria Nacional la Resolución del Consejo Directivo que declara procedente la solicitud, así como el informe de la Gerencia de Regulación. Recibida la Resolución relativa a la declaración de procedencia, la Autoridad Portuaria deberá remitir su propuesta tarifaria a OSITRAN, en un plazo máximo de setenta (70) Días.

Para tal efecto, de conformidad con lo establecido en el Literal c) del Artículo 59° del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-MTC; la Autoridad

¹ A fin de determinar en qué consisten los servicios derivados de la explotación de infraestructura, resulta especialmente relevante precisar cómo define el Reglamento el concepto de Infraestructura de Transporte de Uso Público:

“Infraestructura de transporte de uso público: Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas, electrónicas y otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal, y por el cual se cobra una contraprestación. (...)”

Portuaria Nacional presentará su propuesta conforme a lo establecido en el Artículo 62° del presente Reglamento

Una vez recibida la propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional se seguirá el procedimiento conforme a lo establecido en los Artículos 56° al 60°, sin perjuicio de la facultad de OSITRAN de requerir información al Administrador Portuario a que se refiere el Artículo 55° del presente Reglamento.

En el caso que la Autoridad Portuaria Nacional no cumpla con presentar su propuesta de fijación tarifaria ante OSITRAN en el plazo establecido anteriormente, OSITRAN realizará la fijación tarifaria de Oficio, conforme al procedimiento establecido en los Artículos 53° al 60° del presente Reglamento, aplicándose para tal efecto un plazo máximo de setenta (70) Días, contados desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de la Autoridad Portuaria Nacional para presentar la propuesta correspondiente ante OSITRAN.

IV.2.3. Facultad del Consejo Directivo del OSITRAN de establecer tarifas provisionales dentro del procedimiento de fijación y revisión tarifaria por servicios que se vienen prestando

35. Conforme al literal b) del inciso 3.1 del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos², la función reguladora comprende la facultad de fijar tarifas.
36. Sin embargo, posteriormente el legislador decidió que dicha facultad discrecional sea ejercida dentro de parámetros que garanticen razonablemente la transparencia en la tramitación de los procedimientos de regulación tarifaria, razón por la cual, el 4 de octubre de 2002 se publicó la Ley 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, a fin de asegurar que la función reguladora sea ejercida con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, disponiéndose el establecimiento de mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores³.
37. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 27838, señala que las referidas entidades fijarán el procedimiento para determinar la regulación de las tarifas, mediante norma del más alto grado de la institución, la cual deberá comprender, entre otros aspectos, las atribuciones de cada una de las unidades orgánicas sobre la materia.
38. De esta manera, el 27 de septiembre de 2004 se publicó la Resolución del Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, que aprobó el Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, en donde, entre otras cosas, se contempla la facultad de establecer tarifas provisionales únicamente al interior de los procedimientos de fijación tarifaria de servicios nuevos⁴.

² Publicada el 29 de julio del 2000 en el diario oficial El Peruano.

³ Conforme a lo establecido por el artículo 2 de la Ley 27838.

⁴ Conforme al Título V de la citada Resolución de Consejo Directivo, existen cuatro procedimientos tarifarios:

- i. Procedimiento de fijación y revisión tarifaria de oficio
- ii. Procedimiento de fijación y revisión tarifaria a solicitud de parte
- iii. Procedimiento de fijación tarifaria de servicios nuevos
- iv. Procedimiento de desregulación tarifaria

39. Sobre el particular, teniendo en consideración que el presente procedimiento de revisión tarifaria iniciado por ENAPU, será resuelto mediante norma de idéntico rango al que aprobó el citado Reglamento General de Tarifas, no encontramos objeción formal para que se dicte, en el acto administrativo que admita a trámite el procedimiento de revisión tarifaria, una tarifa provisional.
40. En efecto, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de revisión tarifaria es un procedimiento administrativo especial, razón por la cual, al mismo, le es aplicable supletoriamente la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - en adelante, LPAG -, en aquellos aspectos no previstos por la norma especial⁵.
41. En ese sentido, es posible el establecimiento de tarifas provisionales en los procedimientos de revisión tarifaria - sean iniciados de oficio o a solicitud de parte -, a través del mecanismo de la adopción de medidas cautelares, al interior del citado tipo de procedimiento administrativo, ello en tanto se cumpla con los presupuestos de hecho contemplados en el artículo 146 de la LPAG⁶.
42. Finalmente, debe tenerse en consideración que, si bien es cierto, la no adopción de tarifas provisionales, en los procedimientos de revisión tarifaria, no impedirá en principio, la prestación del servicio, como ocurriría en los procedimientos de fijación tarifaria de servicios nuevos, en los procedimientos de revisión tarifaria, la imposibilidad de otorgamiento de tarifas provisionales podría, eventualmente, afectar la calidad de la infraestructura o comprometer la continuidad del servicio⁷, situaciones que consideramos deben ser evaluadas por el organismo regulador, en cada caso concreto.

IV.2.4 Marco conceptual para el análisis de procedencia

⁵ Al respecto, debe tenerse en consideración que el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG, señala que:

“Artículo II.- CONTENIDO

(...)

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo al a singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distintos.

(...)”

⁶ LPAG:

“Artículo 146.- MEDIDAS CAUTELARES

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.”

⁷ Hechos que finalmente redundarían en perjuicio de los usuarios del servicio.

43. En su solicitud, la APN propone revisar las tarifas correspondientes a 7 y 4 servicios portuarios en los terminales portuarios del Callao y Paita, respectivamente, tal como se muestra en el cuadro siguiente.

Cuadro N° 1
Servicios portuarios que comprende la propuesta

(US \$)	Callao	Paita
SERVICIOS A LA NAVE		
Amarre y Desamarre (por cada operación)		
Uso de amarradero (metro de eslora / hora)	X	X
SERVICIOS A LA CARGA		
Uso de Muelle / Tonelada Métrica		
Carga Fraccionada	X	X
Carga Rodante	X	
Carga Sólida a Granel	X	
Carga Líquida a Granel	X	
Contenedores (unidad)		
Llenos de 20 pies	X	X
Llenos de 40 pies	X	X
Pasajeros		

Fuente: Propuesta Revisión Tarifas Máximas ENAPU

44. Los servicios que se muestran en el cuadro anterior corresponden a servicios que se derivan de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que se encuentran actualmente regulados mediante la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, toda vez que no enfrentan competencia, ya sea intraportuaria, inter-terminal o interportuaria, por tanto OSITRAN regula la estructura y niveles tarifarios para todos los servicios descritos en el Cuadro N°1.
45. Finalmente, los procedimientos específicos aplicables a las propuestas que contiene la solicitud de revisión tarifaria en los terminales portuarios del Callao y Paita son los siguientes:
- Para la propuesta de tarifa definitiva, los artículos 61° al 63° de RETA.
 - Para la propuesta de tarifas provisional, los artículos 64° al 67° del RETA.
46. En virtud de lo anterior corresponde evaluar lo siguiente:
- Procedencia de la solicitud de revisión y aprobación de tarifas definitivas para 7 servicios en el Terminal Portuario del Callao y 4 servicios en el Terminal Portuario de Paita.
 - Procedencia de la solicitud de aprobación de 7 y 4 tarifas provisionales por los servicios que se brindan en los terminales portuarios del Callao y Paita respectivamente.

V. Análisis de la Cuestión en Discusión

V.1. Procedencia de la solicitud de revisión y aprobación de tarifas definitivas para 7 servicios en el Terminal Portuario del Callao y 4 servicios en el Terminal Portuario de Paita

47. Los fundamentos que sustentan la solicitud de revisión de tarifas presentada por la APN, y que son evaluados en el presente informe, son los siguientes:
- a) **Los niveles tarifarios de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN no incluyen en los costos los desembolsos por el pagos de pensiones de la Ley 20530.**
48. Sobre el particular, en su Estudio Tarifario, OSITRAN recomendó a ENAPU recurrir a fondos propios, a sus accionistas o las entidades competentes del saneamiento de la situación financiera de la empresa.
49. ENAPU sostiene que ha realizado las coordinaciones necesarias para que el Estado asuma el pago de pensiones derivadas de la Ley 20530. Tales gestiones han derivado en un pronunciamiento por parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE)⁸, en el sentido que el *“Gobierno Central no considera financiamiento del D. L. 20530 a cargo de empresas públicas y no es política fiscal crear impuestos específicos, como se tendría que ejecutar para financiar dichas pensiones”* por los que no *“dado que existen compromisos de caja para cubrir necesidades de otras empresas que se encuentran bajo su ámbito, algunas de ellas que requieren del subsidio del Estado para operar”*
50. Sobre este particular, es necesario precisar, que según la documentación del Expediente que sustenta la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, la APN y ENAPU coinciden con OSITRAN en el sentido que los desembolsos asociados al pago de obligaciones pensionarias no constituyen un costo imputable a los costos por servicios portuarios. En efecto, los pensionistas no son factores productivos o recursos que se han utilizado en la prestación de los servicios portuarios. Dicha obligación constituye un pasivo y no un costo de producción, en tal sentido no puede ser imputado al costo efectivo de los servicios regulados. En efecto, la prestación de los servicios portuarios es independiente de la obligación de cumplir con el pago de pensiones. Una eventual incorporación de los desembolsos asociados al pago de pensionistas como un componente de los costos de los servicios portuarios contraviene el marco jurídico como las prácticas internacionales de regulación tarifaria.
51. El impedimento que señala FONAFE no valida o justifica que los costos portuarios o que las tarifas deban ser incrementadas para cubrir el pago de obligaciones pensionarias. Esta decisión, tampoco significa que el Organismo Regulador deba incorporar en las metodologías aplicables para fijar o revisar tarifas recursos adicionales que sirvan para cumplir con estas obligaciones. En este sentido, el hecho que ENAPU no haya logrado que FONAFE financie dicha obligación no es una

⁸ Según Oficio N° 1287-2006/DE-FONAFE del 28 de abril de 2006.

condición suficiente para que OSITRAN incremente las tarifas hasta un nivel que permita contar con los recursos para cumplir con las obligaciones pensionarias.

52. En concordancia con la posición de OSITRAN, con fecha 26 de julio de 2006, se publica en el Diario Oficial El Peruano el D.S. N° 129-2006-EF, mediante el cual se dispone que FONAFE transfiera a la Oficina de Normalización Provisional (ONP) la suma de US\$ 19 356 050.00 y en el caso que sea necesario recursos adicionales para cumplir con el pago de pensiones en los terminales portuarios de Ilo, Supe/Huacho, Gral. San Martín, Paita, Chimbote e Iquitos (alrededor del 10% del valor actuarial total de las pensiones). Según la norma, en la parte considerativa se señala: *“Que resulta necesario tener en cuenta que existe una necesidad imperante de promover la competitividad de ENAPU S.A. de cara al desarrollo del comercio internacional; que es necesario aliviar la carga pensionaria que afecta notoriamente las utilidades y los costos operativos de la empresa”*. Esta decisión, confirma que las tarifas por servicios portuarios no pueden cubrir los recursos destinados al pago de pensiones.
 53. En ese sentido, la decisión de FONAFE demuestra su concordancia con que no se puede trasladar a los usuarios de las infraestructuras de uso público sobre-costos no comprendidos en la estructura de costos relativa a la provisión de los servicios, creando con ello un serio perjuicio a los usuarios de dichas infraestructuras y restando competitividad al comercio internacional. Tal ha sido el sentido del D.S. N° 129-2006-EF.
 54. Asimismo, el Artículo 4° del D. Ley N° 25988, establece que las entidades de la Administración Pública de todo nivel, las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o las empresas privadas que prestan servicios públicos, así como las universidades públicas y privadas, quedan obligadas a eliminar todo tipo de cobros que realicen u obligaciones que impongan a las empresas e interesados por servicios que no prestan efectivamente, o que no tienen una justificación técnica.
 55. Toda vez que no existe sustento técnico y legal para sostener que el costo de cumplimiento de las obligaciones pensionarias derivadas de la aplicación de la Ley 20530 deba ser incorporado en los costos por servicios portuarios y asumido mediante tarifas por los usuarios de los puertos administrados por ENAPU, no constituye un argumento válido para solicitar una revisión de los niveles tarifarios de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN no incluyen en los costos los desembolsos por el pagos de pensiones de la Ley 20530.
- b) No se ha considerado las inversiones que prevé el Plan Nacional de Desarrollo Portuario.**
56. El Estudio que sustenta los niveles tarifarios aprobados por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN fue aprobado el 23 de julio de 2004, el mismo que considera inversiones que para el caso de los terminales del Callao y Paita ascienden a US\$ 71.7 millones y US\$ 8.4 millones respectivamente.
 57. Con fecha 10 de marzo de 2005, mediante D.S. N° 006-2005-MTC, se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (PNDP), documento técnico-normativo que establece a mediano y largo plazo los requerimientos del Sistema Portuario Nacional,

entre los que se encuentran las inversiones en los terminales portuarios de Callao y Paita. En el caso específico del Callao, el PNDP estima inversiones de US\$ 87.6 millones para el corto plazo (2005-2006)⁹ y US\$ 269 millones para el largo plazo (2007-2012). En el caso del Terminal Portuario de Paita, las inversiones previstas en el PNDP son de 11.4 millones y US\$ 68.7 millones para el corto y largo plazo. Cabe indicar parte de estas inversiones serán realizadas mediante mecanismos de participación privada.

58. El PNDP contempla la inversión en dos grúas pórtico y equipo de transferencia de contenedores para el corto plazo. Para el presente año, ENAPU cuenta con un presupuesto aprobado para gastos de capital de US\$ 23.3 millones. En el flujo de caja que sustenta su propuesta ha previsto US\$ 33.9 millones. La diferencia corresponde a la adquisición de remolcadores por US\$ 7.0 millones y otros rubros menores.
59. Dado el alto tráfico de contenedores por el Terminal Portuario del Callao, la compra de dos grúas pórtico y equipo de transferencia permitirán incrementar de manera sustancial la eficiencia portuaria, lo que tiene un efecto directo sobre los fletes marítimos y la competitividad de las exportaciones. Por lo tanto, su adquisición constituye un elemento importante que permitirá mejorar la calidad de los servicios en el Muelle 05 del Callao. .
60. En el caso del Terminal Portuario de Paita, ENAPU propone inversiones por US\$ 12.2 millones, que incluyen la compra para el 2008 de una grúa de muelle (debe entenderse grúa móvil) con un costo aproximado de US\$ 4.0 millones. Aún cuando el tráfico de contenedores pueda justificar la adquisición de este equipo, la recuperación de los costos y la inversión de este equipo debe asociarse a su correspondiente precio de mercado, toda vez que puede competir con las grúas de la nave. Por tanto, su recuperación no puede asociarse a los servicios de uso de muelle para contenedores.
61. Al deducir la inversión en la grúa de muelle para el Terminal Portuario de Paita, los niveles de inversión asociados a la tarifa máximas aprobada por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN (US\$ 8.4 millones) son equivalentes a las que contiene la solicitud de revisión de tarifas presentada por la APN. En consecuencia, el argumento de que se requiere de una revisión tarifaria con la finalidad de cubrir el costo de dichas inversiones no resulta válido y, en tal sentido, la solicitud de revisar las tarifas máximas del Terminal Portuario de Paita no es procedente...
62. Por otro lado, las inversiones propuestas por ENAPU para Callao ascienden a US\$ 124.2 millones, las mismas que incluyen la compra de dos grúas pórtico y equipamiento para la transferencia de contenedores. Asimismo, el PNDP aporta elementos que pueden justificar la revisión de las tarifas máximas del Callao por razones de mayores inversiones, particularmente en grúas pórtico en el corto plazo. En consecuencia, la solicitud para revisar tarifas máximas por razones de mayor inversión en infraestructura y equipamiento para atender carga contenerizada sería

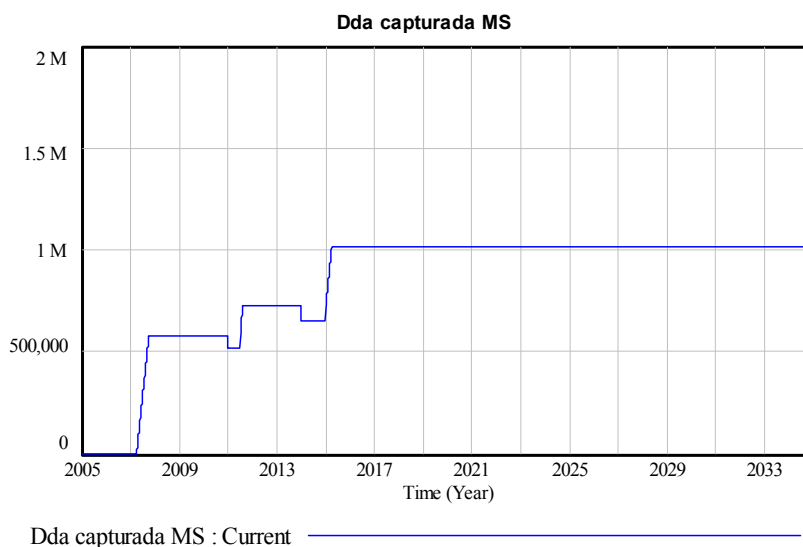
⁹ Se ha deducido las inversiones que serán realizadas por el Concesionario del Terminal de Contenedores Zona Sur, en virtud al contrato de concesión y las correspondientes a la Terminal de Minerales.

procedente en el caso específico de los servicios: uso de muelle para contenedores y uso de amarradero en el Terminal Portuario del Callao.

c) Concesión del Terminal de Contenedores Zona Sur (Muelle Sur).

63. El 24 de julio de 2006 se suscribió el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (NTC). El contrato comprende la construcción y explotación de un Terminal con una capacidad inicial de atención de 830 000 TEUs y 1 250 000 TEUs en segunda etapa. Se estima que la NTC entrará en operación con dos amarraderos en el término del tercer año (segundo semestre de 2009).
64. Según un informe elaborado por Chemonics International Inc (2006) la demanda que atenderá la NTC, en su escenario más conservador, es de 48% del tráfico total de contenedores del Puerto de Callao, la que se estima en 0.487 millones de TEUs. El desvío de este tráfico de los muelles de bajo la administración de ENAPU hacia la NTC derivará en una menor demanda potencial, con la consecuente reducción de ingresos. En el cuadro siguiente se muestra la proyección de tráfico para la NTC estimada por Chemonics.

Gráfico N° 1
Demanda capturada por NTC: escenario conservador



Fuente: Chemonics Internacional Inc (2006)

65. Un menor nivel de tráfico potencial de contenedores atendidos por ENAPU tiene un efecto directo sobre un menor número de recaladas en buques portacontenedores. ENAPU, pese al equipamiento que pueda contar. Luego de primer desvío de carga, se estima que el tráfico crecerá a una tasa promedio de 4.6%.
66. Toda vez que se cuenta con un nuevo elemento que afecta el tráfico de contenedores y las naves, ENAPU experimentaría una reducción en la demanda asociada a los

servicios a la nave portacontenedores (uso de amarradero) y a la carga (uso de muelle para contenedores).

67. El estudio que sustenta las tarifas aprobadas mediante Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN consideró un escenario sin competencia, es decir que la totalidad del tráfico de contenedores sería atendida por ENAPU. Dado que ante este nuevo escenario que afecta la demanda potencial, se afectará el volumen de contenedores a ser movilizado en el Muelle 5 del Callao resulta procedente la solicitud en este extremo.
68. Los elementos analizados en las secciones precedentes permiten concluir que la solicitud de revisión de tarifas presentada por la APN:
- No es procedente en el extremo relacionado con las tarifas para el Terminal Portuario de Paita.
 - Es procedente para el caso específico de los servicios de uso de amarradero y uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies que se movilizan por el Terminal Portuario del Callao.

V.2. Procedencia de la fijación de tarifas máximas provisionales para uso de muelle y uso de amarradero en el Terminal Portuario del Callao (TPC).

69. De acuerdo al análisis de la sección precedente, la revisión de tarifas máximas se circunscribirá al Terminal Portuario del Callao para los servicios siguientes:
- Uso de amarradero, y
 - Uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies.
70. En consecuencia, toda vez que OSITRAN se encuentra legalmente facultado para fijar tarifas provisionales por razones extraordinarias, tal como se precisó en el numeral IV.2.3 del presente informe, corresponde proponer las tarifas máximas provisionales para los servicios antes señalados. En principio, la aprobación de una tarifa provisional debe tener carácter excepcional y estar sustentada en motivos fundados, es decir los cambios importantes en las inversiones que se derivan del PNDP y una disminución en la demanda potencial derivada de la concesión de la NTC, que pueda comprometer la calidad y continuidad del servicio durante el período de fijación tarifaria.
71. Para determinar las tarifas máximas provisionales se tomará en cuenta los siguientes elementos:
- a) Si el estudio tarifario versión 5.0 que sustentó las tarifas aprobada por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN considera algún escenario asociado equivalente con menor tráfico potencial y/o mayores inversiones en el TPC.
 - b) ENAPU deberá invertir en el corto plazo inversiones en dos grúas pórtico y equipamiento para transferencia de contenedores, que mejoren sustancialmente la eficiencia portuaria.

- c) Las tarifas máximas provisionales no debieran superar significativamente las tarifas de puertos comparables de la Costa Oeste Sudamericana (benchmarking).

V.2.1 Estudio tarifario versión 5.0 : escenario con menor demanda potencial y mayores inversiones.

72. El Estudio Tarifario Versión 5.0 elaborado por OSITRAN evalúa tres escenarios tarifarios para el TPC¹⁰. En todos ellos **los costos de producción de servicios portuarios no incorporan un sobrecosto o imputación adicional que tenga por objeto cubrir los desembolsos asociados al pago de pensiones derivadas de la aplicación de Ley 20530**. El escenario tarifario 3 contemplado en el Estudio de OSITRAN presenta tarifas relativamente mayores para los servicios de uso de amarradero y uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies, compatibles con: i) la necesidades de cubrir inversiones no consideradas en los flujos de caja, ii) por la presencia de una menor demanda potencial; iii), o una combinación de los factores anteriores.
73. En virtud de lo anterior, el escenario tarifario 3 es compatible con la inversión en dos grúas pórtico y equipamiento de transferencia de contenedores en el TPC. Este rubro no estaba previsto en el flujo de inversiones asociado a las tarifas máximas aprobadas por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN (escenario 2), pues en ese momento se encontraba en trámite un procedimiento de acceso para brindar servicios esenciales de embarque y descarga o estiba de contenedores con grúas pórtico en el Muelle 5 en el marco del Reglamento de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Dicha inversión tenía la posibilidad de ser financiada por empresas privadas que pagarían un cargo de acceso por el uso de la infraestructura portuaria. Este procedimiento fue cancelado en virtud Convenio Marco de Cooperación suscrito con fecha 10 de marzo de 2005, entre la Autoridad Portuaria Nacional y PROINVERSION por el cual se encarga a esta última, el desarrollo y ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada en la infraestructura e instalaciones portuarias de titularidad pública, el que comprende la dotación de grúas pórtico al TPC. Las dos grúas pórticos y equipo complementario han sido considerado en el presupuesto 2006 de ENAPU, aprobado por FONAFE.
74. El escenario tarifario 3 es compatible con un escenario de menor demanda potencial de tráfico de contenedores y naves portacontenedores, toda vez que en el escenario más conservador ENAPU dejaría de atender al menos el 48% del tráfico de contenedores del Puerto del Callao por la puesta en operación en el 2009 de la Nueva Terminal de Contenedores (NTC). Un beneficio potencial, una vez que se encuentre en operación la NTC, es la presencia de competencia interportuaria. Bajo este escenario se procedería a desregular las tarifas, lo que beneficiaría a los usuarios.
75. Dado que las modificaciones de las condiciones de demanda y la necesidad de asegurar el financiamiento de inversiones que aseguren un escenario de competencia, están vinculadas exclusivamente con los servicios que se prestan en el Puerto del Callao a contenedores, la tarifa provisional sólo debería aplicarse a tres

¹⁰ Las tarifas máximas aprobadas por Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN corresponden al escenario tarifario 2.

conceptos para el Muelle 5 : uso de amarradero, uso de muelle para contenedores llenos de 20 y contenedores llenos de 20 pies. En el caso del resto de servicios no encontramos motivos que permitan sustentar la aplicación de niveles tarifarios provisionales, en tanto se lleva a cabo el proceso de fijación tarifaria.

76. En el siguiente cuadro se muestra los escenarios del Estudio tarifario, la tarifa vigente y la propuesta de tarifas provisionales para los tres servicios antes señalados.

Cuadro N° 2
Escenarios tarifarios, tarifa vigente y tarifa provisional

CONCEPTO	Escenarios			Tarifa Vigente	Tarifa Propuesta	Variación % Propuesta/Vigente
	1	2	3			
SERVICIOS A LA NAVE						
Amarre y Desamarre (por operación)	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	0%
Uso de amarradero (metro de eslora/hora)	0.25	0.40	0.50	0.40	0.50	25%
SERVICIOS A LA CARGA						
Uso de Muelle / TM						
Carga Fraccionada	4.25	5.00	5.50	5.00	5.00	0%
Carga Rodante	4.25	15.00	25.00	15.00	15.00	0%
Carga Sólida a Granel	3.00	3.00	3.00	3.00	3.00	0%
Carga Líquida a Granel	0.35	0.80	1.00	0.80	0.80	0%
Uso de Muelle - Contenedores						
Llenos de 20'	30.00	60.00	70.00	60.00	70.00	17%
Llenos de 40'	45.00	90.00	110.00	90.00	110.00	22%
Pasajeros (embarque)	8.00	8.00	8.00	8.00	8.00	0%
Valor Actual Neto (VAN) millones US\$	-62.50	67.88	131.10	67.88	99.30	46%

Fuente: Estudio Tarifario Versión 5.0 y Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN

77. La tarifa provisional propuesta (Cuadro N° 2), implica modificar 3 tarifas (uso de amarradero, y muelle para contenedores de 20 y 40 pies), el resto de las tarifas mantiene el nivel aprobado por la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN. Las variaciones son de 25%, 17% y 22% respectivamente.
78. El incremento en las 3 tarifas provisionales, considerando los supuestos que establece el Estudio Tarifario versión 5.0, generaría un VAN para el TPC de US\$ 99.3 millones. Como se ha señalado, el mayor nivel tarifario debe estar asociado a cubrir parte del financiamiento de las 2 grúas pórtico que ENAPU debe instalar en el corto plazo.

V.2.2. ENAPU deberá invertir en el corto plazo en dos grúas pórtico y equipamiento para transferencia de contenedores, que mejoren sustancialmente la eficiencia portuaria

79. Un mayor flujo por ingresos derivado del mayor nivel tarifario en tres servicios tiene como objetivo cubrir parte del financiamiento para la adquisición de dos grúas pórtico y equipo para la transferencia de contenedores. El financiamiento es temporal (y se estima en alrededor de US\$2.1 millones para un período de 4 meses) en tanto finalice el procedimiento de revisión de las 3 tarifas máximas y dependerá de los niveles tarifarios que finalmente se aprueben como resultado del procedimiento

tarifario. La inversión en este equipamiento permitirá mejorar sustancialmente la eficiencia portuaria, a los niveles de la región.

80. En consecuencia, la fijación de 3 tarifas máximas provisionales está condicionada a que en el corto plazo ENAPU implemente dos grúas pórtico. Los recursos adicionales derivados de la aplicación de las tarifas provisionales, deberán contribuir a financiar parcialmente dichas grúas. Las tarifas máximas definitivas que se aprueben hacia el final del procedimiento confirmarán o modificarán las tarifas provisionales propuestas y los ingresos adicionales que se obtengan como resultado de su aplicación, serán tomados en consideración en las estimaciones de las nuevas tarifas máximas.

V.3 Las tarifas máximas provisionales no debieran superar significativamente las tarifas de puertos comparables de la Costa Oeste Sudamericana (benchmarking).

81. En el Cuadro N°3 se muestra los costos por efecto de la aplicación de tarifas provisionales en una nave típica que arriba al TPC, y otros terminales portuarios comparables. No se incluye al Puerto de Guayaquil, toda que su estructura y niveles tarifarios podrían estar distorsionados¹¹.

¹¹ Para la determinación del índice tarifario mínimo en la Concesión de la NTC se excluyó al Puerto de Guayaquil por no guardar coherencia.

Cuadro N° 3
Costos Portuarios en Callao y Puertos de la costa Oeste Sudamericana

Nave Típica	Callao			Buenaventura (1)	Valparaíso TPS (2)	San Antonio STI SA (2)
	ENAPU	Muelle 5				
Eslora (metros)	180.00	180.00	180.00	180.00	180.00	180.00
Permanencia (horas)	8.00	16.67	16.67	8.33	7.14	7.14
Número de contenedores descarga (550 TEUS)	400	400	400	400	400	400
20 pies llenos	250	250	250	250	250	250
40 pies llenos	150	150	150	150	150	150
Rendimiento mínimo (contenedores/hora)	25.00	12.00	12.00	24.00	28.00	28.00
Número de grúas	2	2	2	2	2	2
Costos US \$ dólares	NTC Muelle Sur	Tarifa		Buenaventura	TPS (3)	STI
		Propuesta	Vigente			
A la nave						
Amarre y desamarre	0.00	400.00	400.00	0.00	0.00	0.00
Uso de amarradero	1,008.00	1,500.00	1,200.00	825.00	1,658.57	1,812.86
1. Total servicios a la nave	1,008.00	1,900.00	1,600.00	825.00	1,658.57	1,812.86
A la carga						
Uso de muelle	42,777.00	34,000.00	28,500.00	42,925.00	41,661.00	44,472.50
Manipulación	0.00	6,000.00	8,000.00			
Transferencia	0.00	8,000.00	6,000.00			
Grúa portico + estiba	0.00	No incluido	No incluido	No incluido		
2. Total servicios a la carga	42,777.00	48,000.00	42,500.00	42,925.00	41,661.00	44,472.50
Totales (1+2) US\$	43,785.00	49,900.00	44,100.00	43,750.00	43,319.57	46,285.36
Costo por TEU US\$	79.61	90.73	80.18	79.55	78.76	84.16
Nota:						
1. Transferencia y manipulación no lo brinda directamente el puerto. Sus tarifarios no registran este concepto.						
2. El servicio por uso de muelle incluye: uso de terminal, transferencia, manipulación y grúa pórtico para el contenedor.						
3. No considera tarifa por uso de puerto que cobra la Empresa Portuaria de Valparaíso a través de TPS						
Leyenda:						
TPS: Terminal Pacífico Sur, concesionario del Terminal 1 del Puerto de Valparaíso.						
STI SA : San Antonio Terminal Internacional, concesionario del Terminal Puerto de San Antonio.						
NTC: Nueva Terminal de Contenedores Zona Sur (Muelle Sur)						

82. La aprobación de las tarifas máximas provisionales representa un incremento de 13% en el total de servicios a la carga y en el costo por TEU. Asimismo, el costo por TEU supera en 7.8% al costo correspondiente al Terminal de San Antonio (Chile). En tal sentido, el incremento temporal de tarifas, no aleja significativamente los niveles de las mismas de los estándares internacionales y más bien tiene por objetivo contribuir a que la Entidad Prestadora, realice en el corto plazo las inversiones necesarias para hacer frente a la competencia del Muelle Sur.

V.4. Solicitud de suspensión de los efectos y consecuencias jurídicas derivadas de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, desde su entrada en vigencia:

83. Con relación a este extremo, que figura en el documento elaborado por ENAPU, de conformidad al marco normativo, no es posible suspender los efectos de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, desde su entrada en vigencia, toda vez que contraviene el marco legal vigente, porque ello acarrea la nulidad del acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 10° de la LPAG, e implica la violación del Principio de Legalidad que rige la actuación de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General. Asimismo, un acto de este tipo

implicaría la asunción de responsabilidad administrativa por parte de los funcionarios de OSITRAN.

84. En este sentido, las decisiones tarifarias de OSITRAN no pueden tener efecto retroactivo en concordancia con el Artículo 103° de la Constitución, salvo que se encuentren en una causal de nulidad prevista en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) sin incurrir responsabilidad.
85. En tal sentido, corresponde declarar improcedente la solicitud de suspender los efectos de la Resolución N 031-2004-CD-OSITRAN desde su entrada en vigencia.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del análisis precedente esta Gerencia extrae las siguientes conclusiones:

- 1) No es procedente la solicitud de revisión de tarifas máximas para el Terminal Portuario de Paita, dado que no se ha acreditado la existencia de hechos extraordinarios que hayan modificado sustancialmente los supuestos utilizados en la determinación de las tarifas aprobadas por OSITRAN mediante Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN.
- 2) Es procedente la solicitud de revisión de tarifas para el Terminal Portuario del Callao en los siguientes servicios:
 - a. Uso de amarradero
 - b. Uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies
- 3) No es posible suspender los efectos de la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN, desde su entrada en vigencia, toda vez que contraviene el marco legal vigente, porque ello acarrea la nulidad del acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 10° de la LPAG, e implica la violación del Principio de Legalidad que rige la actuación de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General. Asimismo, un acto de este tipo implicaría la asunción de responsabilidad administrativa por parte de los funcionarios de OSITRAN.

En virtud de las conclusiones arriba mencionadas, esta Gerencia recomienda:

- 1) Declarar improcedente la solicitud de revisión de tarifas en el Terminal Portuario de Paita.
- 2) Aprobar el inicio de un procedimiento de revisión de tarifas máximas para los siguientes servicios que presta el Terminal Portuario del Callao:
 - a. Uso de amarradero
 - b. Uso de muelle para contenedores llenos de 20 y 40 pies
- 3) Aprobar las tarifas máximas provisionales para los servicios antes señalados, en tanto finalice el procedimiento de fijación y revisión de tarifas en el Terminal Portuario del Callao, las mismas que se muestran en el Cuadro N°4. El resto de

las tarifas mantendrá la estructura y niveles tarifarios que establece la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN.

Cuadro N° 4
Tarifas máximas provisionales
(No incluye IGV)

CONCEPTO (US \$ Dólares Americanos)	Tarifa Máxima
SERVICIOS A LA NAVE	
Uso de amarradero (metro eslora/ hora)	0.50
SERVICIOS A LA CARGA	
Uso de Muelle Contenedores (unidad)	
Llenos de 20 pies	70.00
Llenos de 40 pies	110.00

- 4) Declarar improcedente la solicitud de suspender los efectos de la Resolución N 031-2004-CD-OSITRAN desde su entrada en vigencia.
- 5) Los niveles provisionales máximos tendrán vigencia en tanto finalice el procedimiento de revisión de tarifas, de conformidad al RETA.
- 6) Confirmar que el resto de tarifas aprobadas mediante la Resolución N° 031-2004-CD-OSITRAN mantienen su vigencia.
- 7) De conformidad con lo establecido en el artículo 34° del Reglamento General de Tarifas, las tarifas provisionales podrán entrar en vigencia, luego de los 10 días de su inclusión en el tarifario de ENAPU.
- 8) Cabe precisar que el tanto la tarifa provisional aprobada constituye un nivel máximo, ENAPU queda en libertad de fijar niveles tarifarios inferiores, de conformidad a sus políticas comerciales.
- 9) Disponer que los ingresos adicionales que se obtenga como resultado de la aplicación de las tarifas provisionales sean tomados en cuenta en la estimación de las tarifas definitivas, materia del presente procedimiento.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente Adjunto de Regulación

