

Apuntes Sobre la Regulación de Puertos

Teresa V. Tovar Mena¹

Los puertos representan la entrada y salida de los diferentes productos que generan el comercio de exportación e importación, es por ello que la capacidad de respuesta de este sector contribuirá a mejorar los niveles de competitividad del país. Para ello, es importante que el desarrollo del sector se enmarque en la actuación de entidades especializadas con funciones claramente delimitadas y un marco legal desarrollado que regule el funcionamiento y el desarrollo del mismo. Con el fin de ilustrarnos más sobre este tema la Doctora Teresa Tovar desarrolla en este artículo, el marco legal actual sobre la Regulación de Puertos; asimismo, brinda un análisis sobre los aspectos que aún falata desarrollar.

Si todo resulta según lo planeado, al momento de publicarse estas líneas, ya habrá un adjudicatario de la buena pro del Concurso para el Terminal de Contenedores Zona Sur del Puerto del Callao. También debería estar aprobado por nuestro Congreso el Tratado de Libre Comercio - TLC con Estados Unidos.

Teniendo esto en cuenta, consideramos que la concesión del referido Terminal era necesaria. El Callao viene arrastrando desde hace varios años una gran cantidad de deficiencias que lo colocan en una situación de retraso respecto de los demás puertos de la región². Esto hacía imprescindible convocar a agentes privados para invertir en infraestructura moderna y adecuada, puesto que el Estado no se encuentra en capacidad para afrontar una inversión de esa magnitud. Esa inversión tendrá un impacto directo en favorecer la competitividad de nuestro país. Asimismo, nos permitirá enfrentar adecuadamente el incremento del comercio que conlleva un TLC.

Cabe anotar que existen normas especiales para las inversiones en infraestructura portuaria contenidas en la Ley No. 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional³ (en adelante, la LSPN). Si bien tenemos una ley especial para los puertos, como ya se dijo, éstos se encuentran en un estado deficiente por la falta de inversión.

Dado que el Estado tiene recursos escasos, no debe dedicar lo poco que tiene a invertir en infraestructura cuando existe la posibilidad de que sea el sector privado el que realice la inversión. Más bien, el Estado debe dedicarse prioritariamente a promover la inversión privada en la infraestructura portuaria. Por ello, debe esperarse que en los próximos años la iniciativa liderada por el Concurso de proyectos integrales para la concesión del nuevo terminal de contenedores en el terminal portuario del Callao – zona sur, continúe en el mismo camino. De este modo, la existencia de una normativa adecuada que facilite la promoción de la inversión cobra singular importancia en el contexto actual.

Con este motivo, en este artículo nos proponemos anotar algunas particularidades de la regulación portuaria que nacen de la coexistencia del marco regulatorio sectorial con una Ley que no tiene par en otros sectores de la infraestructura de transporte de uso público, pues no se ha dado una Ley de aeropuertos o una Ley de ferrocarriles que contengan la creación de un organismo con funciones equivalentes a la Autoridad Portuaria Nacional⁴.

En efecto, la LSPN crea la Autoridad Portuaria Nacional (APN,) como un organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que tiene funciones asignadas en materia de puertos⁵.

1 Abogada. Master en Derecho Empresarial. Agradezco la colaboración de Johanna Holz Rincón en la elaboración de este artículo.

2 Por ejemplo, la falta de grúas, la insuficiencia de profundidad de los muelles y la escasa longitud de amarraderos, lo que implica un déficit de infraestructura portuaria, la que no es apta para la operación de grandes naves de carga en containers.

3 Promulgada el 7 de febrero del año 2003. Cabe anotar que la LSPN fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, publicado el 04 de febrero de 2004, el mismo que fuera luego modificado por el Decreto Supremo N° 008-2004-MTC, publicado el 27 de febrero de 2004 y por el Decreto Supremo N° 013-2004-MTC, publicado el 19 de marzo de 2004.

4 Ello no quiere decir que no existan diversas normas que regulen las actividades que se lleven a cabo en tales infraestructuras. Lo que queremos destacar es que tales normas no contienen la creación de un organismo que superponga sus facultades y funciones con las del regulador OSITRAN.

5 **Ley 27943**

Artículo 19.- Autoridad Portuaria Nacional (APN)

19.1 Es un Organismo Público Descentralizado encargado del Sistema Portuario Nacional, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del Ministro, con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio, y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica, y financiera, y facultad normativa por delegación del Ministro de Transportes y Comunicaciones.

La existencia de la APN con diversas facultades respecto de las actividades e infraestructuras portuarias complica el marco regulatorio del sector pues genera el peligro, inexistente en otras infraestructuras de transporte, de que se puedan dar duplicidades o superposiciones con las funciones que, de acuerdo a Ley, le corresponden al regulador: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN⁶).

Antes de analizar algunas de ellas, nos referiremos brevemente a las funciones del regulador.

1. Los Organismos Reguladores

Los organismos reguladores aparecen en nuestro país luego de la privatización⁷ de las grandes empresas estatales de servicios públicos (electricidad y telecomunicaciones) a inicios de la década de los noventa. Esta privatización respondió a un cambio en el modelo económico que supuso un proceso de liberalización, eliminando el controlismo y los monopolios y exclusividades a favor del Estado⁸.

Tanto la liberalización como la privatización que la acompañó, tuvieron por finalidad crear condiciones para la competencia, estableciéndose la libertad de iniciativa privada y la promoción de la inversión privada en actividades tradicionalmente reservadas al Estado. Así, el Estado productor fue sustituido por el Estado regulador, que asume un rol subsidiario dentro de una economía social de mercado, con libertad de acceso y de concurrencia, donde la libre iniciativa privada es el motor del desarrollo económico.

Con el cambio de modelo se dictaron una serie de normas, que comprendían no sólo aquellas normas necesarias para hacer posible la privatización y promoción de la inversión privada, sino las de regulación de las actividades que se otorgan en concesión al sector privado (post privatización)⁹.

Respecto de la necesidad de regulación, ARIÑO señala que, a raíz de la ola de privatizaciones de empresas y sectores económicos se ha requerido replantear una vieja cuestión casi olvidada: la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales en que debían ser prestadas aquellas actividades esenciales para la sociedad, que venían siendo atendidas por el Estado y que han sido entregadas a empresas privadas¹⁰.

Agrega este autor que, durante gran parte del siglo veinte, los servicios de los ferrocarriles, teléfonos, electricidad, suministro de agua y otros, que fueron originariamente fruto de la gestión privada, pasaron a ser prestados por empresas públicas. Cuando tales empresas fueron devueltas a la iniciativa y al capital privado, "la necesidad de regulación se hace evidente; es preciso armonizar, con prudencia y equidad, dos intereses contrapuestos: el de la empresa –que aspira a obtener beneficios por su actividad, cuanto más mejor – y el de los usuarios –que quieren un servicio seguro, barato y de calidad"¹¹.

Esta regulación resulta fundamental para hacer viable las inversiones y la competencia y a la vez asegurar calidad de los servicios brindados a los usuarios.

Pero, además, la función reguladora de los mercados, que implica una tutela por igual de los intereses de empresarios y usuarios, requiere de un tipo especial de normativa –la regulación económica– y de entidades encargadas de hacerla cumplir –los organismos reguladores.

Esta regulación supone intervenir en las condiciones del mercado cuando no hay posibilidad de que exista competencia. Así, en los mercados que son monopolios naturales no es deseable la existencia de varias empresas pues el bienestar social se maximiza con la existencia de una sola empresa.

En este contexto, el rol del regulador es crear condiciones que favorezcan el surgimiento de la competencia. ARIÑO

6 Ley 27943

Artículo 3.- Lineamientos de la Política Portuaria Nacional

El Estado fomenta, regula y supervisa, a través de los organismos competentes establecidos por la presente Ley, las actividades y los servicios portuarios, con sujeción a los lineamientos de política portuaria que ella establece.

7 En un sentido amplio "se entiende por privatización toda **modificación en los modos de actuación de la administración como consecuencia de la transferencia de empresas y/o actividades al sector privado, o de su adecuación a las reglas del mercado**, o en fin, del abandono de las funciones económicas que a aquélla le competen". (énfasis nuestro) En sentido estricto, la privatización "consiste en la transferencia de la titularidad o gestión pública de bienes y/o actividades en favor de los particulares." Cfr. RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización. Análisis Jurídico. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995, pp. 84-95.

8 La expresión "liberalización", que suele usarse algunas veces como sinónimo de "privatización", tiene un sentido aún más amplio, pues alude a las "técnicas por las cuales **el Estado reduce sensiblemente su poder interventor en las actividades económicas**. Para ello dispone de dos técnicas que nos conducen a una misma finalidad: la creación de mercados competitivos allí hasta donde sea posible. Por un lado, **el Estado desregula actividades privadas** que eran intensamente reguladas o disciplinadas y, por otro, procede a la **despublicación de actividades de titularidad pública exclusiva**, denominada también desmonopolización." (el énfasis es nuestro) Cfr. Ibidem p. 113.

9 Como señala MARTIN, desde los primeros años de la década de los noventa, el Poder Ejecutivo, a través de legislación delegada estableció **un marco normativo que sirvió de impulso a los procesos de privatización**. "En este contexto, se han venido utilizando diversas técnicas de intervención del Estado en la actividad económica, que han permitido delimitar o **separar la titularidad y la gestión de los servicios públicos**, sin que ello implique dejar de lado el sometimiento de dicho servicio a la esfera del Derecho Administrativo." (énfasis nuestro) Cfr.: MARTIN TIRADO, Richard. Análisis de la "función normativa" de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. EN: Revista Ius et Veritas, Año XII, N° 24, Junio 2002 pp. 93-94.

10 "Mientras fueron públicas las empresas gestoras de los servicios no había, en verdad, mucha necesidad de regular: le bastaba al poder público tomar decisiones – decisiones de inversión, de producción, de fijación de tarifas, de modalización y extensión del servicio – y asumir las responsabilidades consiguientes: los déficits que se produjeran, los daños a terceros y, a la postre, la responsabilidad política derivada de su mala gestión. ¿Para qué regular?. En último término, lo que legitimaba la decisión no era la "potestad" (pública) derivada de la norma, sino la "propiedad" privada de la empresa." Cfr.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. p. 311

11 Ibidem. p. 312.

anota que “La regulación debe orientarse no a sustituir el mercado y la competencia sino a promoverlos. Si una de las razones para la privatización es evitar los monopolios del Gobierno, que se han demostrado perversos, es preciso asegurarse de que no son sustituidos por monopolios (oligopolios) privados. De ahí que todos los procesos de privatizaciones importantes (agua, gas, electricidad, teléfonos, etc.) vayan acompañados de la aprobación de un marco regulador de la actividad privatizada”¹².

“(…) en nuestro sistema jurídico hubo un cambio en el rol del Estado, que pasó de ser empresario y prestador de servicios públicos a regulador y árbitro del mercado.”

Entonces, en síntesis, puede decirse que en nuestro sistema jurídico hubo un cambio en el rol del Estado, que pasó de ser empresario y prestador de servicios públicos a regulador y árbitro del mercado. Las normativas de cada sector debieron adecuarse a ello. El sector portuario en particular cuenta con la LSPN dictada mucho después de la constitución del organismo regulador (OSITRAN), creando una autoridad adicional y especial con competencia en materia portuaria –la APN. Su coexistencia con el regulador plantea la necesidad de definir los límites de las funciones de ambas autoridades.

Una correcta regulación y el evitar la duplicidad de funciones de dichos organismos es muy importante para generar seguridad jurídica. Precisamente, la

seguridad jurídica cobra mayor relevancia en sectores de infraestructura que requieren grandes inversiones recuperables en largos períodos.

2. El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN –

Al crearse a los organismos reguladores para encargarse de las actividades de post privatización se les otorgan determinadas funciones.

En un comienzo, según se fueron realizando los procesos de promoción de la inversión privada, fueron creándose los reguladores sectoriales, por lo que cada uno tuvo su propia regulación de funciones. Luego, éstas se han uniformizado a partir de la dación de la Ley Marco de Organismos Reguladores, como se indica a continuación.

Mediante la Ley No. 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, de 20 de enero de 1998 (en adelante, “Ley de OSITRAN”), se creó el OSITRAN, como organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. En dicha norma se regulan sus atribuciones y fines. Como regulador, OSITRAN es, pues, independiente y no se encuentra subordinado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Posteriormente, se dictó la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley No. 27332, publicada el 29 de julio de 2000¹³. Esta ley uniformizó las funciones atribuidas a los reguladores por sus respectivas leyes de creación, contemplando las siguientes: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios¹⁴.

12 Ibidem. Loc cit.

13 Dicha norma, según comenta MARTIN “(...) incorporó sustantivas reformas al régimen jurídico aplicable a los organismos reguladores, dotándolos de significativas potestades y competencias, unificando en cierta medida, la situación jurídica preexistente a nivel de cada una de las entidades.” Cfr. MARTIN TIRADO, Richard. Op. cit. p. 95.

14 3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

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

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador. (Texto de este inciso según Ley N° 27631)

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

15 El artículo 1 del Reglamento de OSITRAN define como Entidades Prestadoras a aquellas empresas o grupo de empresas, públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.

Luego, a fin de adecuar el marco normativo de OSITRAN a lo normado en la Ley Marco de los Organismos Reguladores, se expidió el Reglamento General del OSITRAN, (en adelante el "Reglamento de OSITRAN"), aprobado por Decreto Supremo No. 010-2001-PCM, publicado el 07 de febrero de 2001. OSITRAN, por su parte, en el ejercicio de sus funciones ha dictado reglamentos específicos: de acceso, de tarifas, de infracciones y sanciones, etc.

3. Competencias y Funciones de OSITRAN

De acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Ley de OSITRAN, en concordancia con el artículo 17° del Reglamento de OSITRAN, la misión de OSITRAN es regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras¹⁵; así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito¹⁶.

Para cumplir con sus objetivos (los fines públicos indicados en la Ley), OSITRAN ejerce sus funciones dentro del ámbito de su competencia. Conforme al artículo 4° de la Ley de OSITRAN y al artículo 19° del Reglamento de OSITRAN, el ámbito de competencia en el cual OSITRAN ejerce sus funciones, está dado por las actividades de las Entidades Prestadoras, que involucran la explotación de la infraestructura destinada al transporte de uso público, lo que incluye la infraestructura portuaria¹⁷.

4. La APN

La APN tiene diversas funciones¹⁸ en la LSPN y su Reglamento. Como veremos, en algunos casos, se precisa las facultades que corresponden a ella con meridiana claridad (por ejemplo, autorizaciones). Sin embargo, en otros casos (por ejemplo, acceso) existe mayor riesgo de confusión con las funciones de OSITRAN.

A continuación nos referiremos a las funciones principales, y veremos si existen casos en los que se puede generar un conflicto o duplicidad con OSITRAN. Por cuestiones de espacio, nos referiremos a continuación

- 16 La Primera Disposición Final de la Ley de OSITRAN aclara que no se encuentran comprendidas dentro de los alcances del Segundo Capítulo, relativo a la Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura, las áreas portuarias y aeroportuarias que competen a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en materia de defensa nacional y orden interno. Asimismo, no está comprendida la infraestructura vial urbana. De igual forma, no lo está toda actividad en materia de infraestructura de transporte de uso público que sea de competencia municipal de acuerdo con lo dispuesto por su Ley Orgánica, en tanto su explotación se sujete a las reglas de la libre y leal competencia.
- 17 El artículo 1° del Reglamento de OSITRAN define como Infraestructura, al 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 brinda el acceso a los usuarios y por las cuales se cobra una prestación. Asimismo agrega que la infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional de carreteras y otras de transporte de uso público.
- 18 Según el artículo 24 de la LSPN, las atribuciones de la APN son:
- a. Elaborar y proponer al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, compatible con objetivos y estrategias de desarrollo autosostenible;
 - b. Elaborar y proponer los planes de inversión pública y las convocatorias a la inversión privada en materia de desarrollo portuario;
 - c. Aprobar y supervisar los expedientes técnicos de las obras de infraestructura portuaria y las especificaciones técnicas de las maquinarias y equipos, que deben incluir medidas efectivas para la protección del medio ambiente y de la comunidad donde se desarrollen;
 - d. Celebrar con el sector privado los compromisos contractuales que faculta la LSPN, como resultado de un concurso público;
 - e. Promover el establecimiento de actividades comerciales y logísticas en los recintos portuarios;
 - f. Normar las Zonas de Actividades Logísticas y autorizar las correspondientes a los puertos nacionales;
 - g. Coordinar la integración de los terminales, infraestructura e instalaciones portuarias de iniciativa privada dentro del Sistema Portuario Nacional y fomentar su desarrollo;
 - h. Fomentar la actividad portuaria y su modernización permanente;
 - i. Velar por la prestación universal de los servicios portuarios a través de los puertos de titularidad pública y en el ámbito de su competencia;
 - j. Establecer las normas técnico-operativas para el desarrollo y la prestación de las actividades y los servicios portuarios acorde con los principios de transparencia y libre competencia;
 - k. Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse;
 - l. Promover y facilitar las concesiones al sector privado en áreas de desarrollo portuario;
 - m. Velar por el respeto de los derechos de los usuarios intermedios y finales en los puertos del ámbito de su competencia;
 - n. Fomentar el empleo portuario, su calidad y el logro de una mayor estabilidad como consecuencia de la capacitación hacia la mayor especialización y polifuncionalidad de los trabajadores portuarios;
 - o. Establecer las normas para mejorar la calidad total del Sistema Portuario Nacional y la seguridad industrial en los puertos, mediante el fomento de la inversión y capacitación general en técnicas de operaciones portuarias y de higiene y seguridad en el trabajo; y la vigilancia del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales en esta materia;
 - p. Coordinar con las demás autoridades nacionales las acciones pertinentes para garantizar la seguridad general y la lucha contra el contrabando y los tráficó ilegales;
 - q. Establecer sistemas alternativos de solución de controversias entre operadores y usuarios por materias de libre disposición de las partes;
 - r. Velar por el respeto al medio ambiente en la actividad portuaria y por el cumplimiento de la normativa general y de los compromisos contractuales específicos, en esta materia, contraídos por el sector privado;
 - s. Representar al Estado ante Organismos y Foros internacionales en los aspectos portuarios y en los de transporte acuático comercial;
 - t. Normar las actividades portuarias a que se sujetan las Autoridades Portuarias Regionales, que correspondan al mejor funcionamiento del Sistema Portuario Nacional;
 - u. Registrar y mantener actualizada la información estadística correspondiente a la actividad portuaria nacional;
 - v. Normar las autorizaciones portuarias, habilitaciones portuarias y licencias de obras portuarias, y coordinar su ejecución con las autoridades portuarias regionales;
 - w. Establecer los procedimientos de coordinación con otras Autoridades e instituciones del Estado para que, manteniendo la responsabilidad única en el trato de las naves y mercancías en las zonas portuarias, cada una de ellas pueda cumplir adecuadamente sus funciones y responsabilidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley y su reglamento;
 - x. Promover y desarrollar una cultura de mar compatible con el desarrollo sostenible;
 - y. Promover la inversión pública y privada en el Sistema Portuario Nacional.

a sólo algunos aspectos, a saber: inversiones, tarifas, principios regulatorios y acceso a infraestructura.

5. Algunos Aspectos Relevantes de la LSPN en Relación con el Marco Regulatorio

5.1. Inversiones

El artículo 3° de la LSPN establece entre los lineamientos esenciales de la Política Portuaria Nacional:

- El fomento de la inversión en general, lo que incluye la inversión pública.
- El fomento de la participación del sector privado, preferentemente a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamiento portuarios¹⁹.

Asimismo, conforme al inciso l) del artículo 24° de la LSPN, son funciones de APN promover y facilitar las concesiones al sector privado en áreas de desarrollo portuario.

De acuerdo a la LSPN las inversiones y la celebración de contratos con el sector privado se realizan con arreglo a los principios, lineamientos, disposiciones y exigencias establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario - PNDP²⁰.

De conformidad con la LPSN, entonces, tanto la inversión pública como la privada se promueven o fomentan. La inversión pública debe concordar y estar previamente considerada en el PNDP²¹. En caso de contratos con el sector privado, la inversión se pactará en el respectivo contrato²². Cabe anotar que hubiera sido más consistente con el modelo económico sólo el fomento de la inversión privada y disponer la realización de inversión pública cuando sea necesaria, pero sin necesidad de fomentarla.

a) Cómo participa el Sector Privado

La LSPN establece dos categorías de normas sobre esta materia, las referidas a la "Administración de Infraestructura Portuaria" en el artículo 10° y las referidas a las "Inversiones en Infraestructura Portuaria" en el artículo 11°. Sin embargo, las disposiciones que se incluyen en cada artículo no están ordenadas de manera sistemática (por ejemplo, hay normas sobre inversiones en el artículo sobre administración).

De acuerdo al artículo 10.2°²³, la entrega en administración al sector privado debe ser temporal, perfeccionarse bajo alguna de las modalidades del artículo 10.3°²⁴ y no debe dar el uso exclusivo del bien para la prestación de aquellos servicios que se

19 Ley 27943

Artículo 3.- Lineamientos de la Política Portuaria Nacional
(...)

Constituyen lineamientos esenciales de la Política Portuaria Nacional:
(...)

5. La promoción de la inversión en el Sistema Portuario Nacional.
(...)

8. El fomento de la participación del sector privado, preferentemente a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamiento portuarios.

20 Ley 27943

Artículo 4.- Plan Nacional de Desarrollo Portuario

4.1 El Plan Nacional de Desarrollo Portuario es un documento técnico normativo elaborado por la Autoridad Portuaria Nacional, con base a planes maestros de cada puerto y a los planes regionales de desarrollo portuario. Es presentado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para su aprobación por Decreto Supremo. Desarrolla la estrategia portuaria nacional y tiene como objetivo impulsar, ordenar y coordinar la modernización y sostenibilidad del Sistema Portuario Nacional, en el marco de la política del sector transportes y comunicaciones.

4.2 Los actos administrativos, autorizaciones, así como los proyectos y actividades e inversiones y la celebración de contratos en general se realizan con arreglo a los principios, lineamientos, disposiciones y exigencias establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario.

21 El PNDP fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-2005-MTC del 10 de marzo de 2006.

22 Ley 27943

Artículo 11.- Inversiones en Infraestructura Portuaria

11.1 La inversión en infraestructura portuaria pública debe concordar y estar previamente considerada en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. En el caso de compromisos suscritos con el sector privado la inversión comprometida se establece, conjuntamente con sus plazos, proporcionalidades, y modalidades, en el respectivo contrato. Los contratos prevén que las obras de infraestructura efectivamente se ejecuten y que los programas de inversión se cumplan, para lo cual se establecen las respectivas cláusulas penales y otras, entre las que se incluye la pérdida del beneficio de estabilidad tributaria, entre otras. La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales cuentan con el apoyo del organismo competente encargado de la promoción nacional de la inversión privada.

23 Ley 27943

Artículo 10.- Administración de Infraestructura Portuaria
(...)

10.2 De conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y con arreglo a los procesos y procedimientos establecidos por la Ley aplicable a los bienes del Estado y el fomento de la inversión privada, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones por Decreto Supremo, y en relación con las competencias que la presente Ley otorga a las autoridades portuarias nacionales y regionales, podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en esta Ley; sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieren necesariamente para proveer sus servicios.

24 Ley 27943

Artículo 10.- Administración de Infraestructura Portuaria
(...)

10.3 La infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años, y en cualquiera de las modalidades siguientes:

- Asociación en Participación.
- Contratos de Arrendamiento.
- Contratos de Concesión.
- Contratos de Riesgo Compartido.
- Contratos de Gerencia.
- Contratos Societarios; y,
- Otras modalidades establecidas en la legislación.

brinden en condiciones de libre competencia. En este caso estaríamos ante infraestructura portuaria pública existente y que únicamente se requiere administrarla, para lo que se entrega al sector privado.

El artículo 10.5²⁵ se refiere a una modalidad de contratación que no sería una simple entrega en administración sino que requeriría de inversión adicional por el titular del contrato en la infraestructura entregada. En efecto, señala que los contratos que se suscriban con el sector privado para la modernización de la infraestructura portuaria tienen como objetivo, bien el desarrollo de nueva infraestructura o bien la mejora sustancial de la ya existente.

En cuanto a la inversión en infraestructura portuaria, el artículo 11.3²⁶ establece que la APN puede celebrar compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad de que el privado, bajo su cuenta y riesgo, construya y equipe una infraestructura portuaria nueva. En este caso, cabe dar en exclusividad las actividades y servicios portuarios. Este sería un caso de *greenfield site*²⁷, no es una entrega en administración ni implica modernización de la infraestructura. Este es el esquema que se ha seguido en el caso del Nuevo Terminal del Contenedores, pues el operador privado tiene que diseñar y construir el terminal.

Entonces, la modernización a que se refiere la cláusula 10.5^o no llegaría a ser un *greenfield site*, sino que este supuesto se da en caso de la inversión prevista en el artículo 11.3^o. El efecto de aplicarse uno u otro artículo es la posibilidad de otorgarle al privado la exclusividad en la prestación de los servicios en la infraestructura, por lo que la definición de este aspecto es importante.

Rescapitulando, las modalidades de participación del sector privado según la LSPN serían las siguientes:

1. Administración pura, sin inversión en infraestructura.
2. Administración con inversión en infraestructura: correspondería a un modelo contractual BOT – *Build Operate Transfer*, en que ya existe infraestructura pero se entrega al privado para su mejoramiento y conservación.
3. Nueva infraestructura o *greenfield* que podría corresponder a modalidades BOOT – *Build, Operate, Own and Transfer* o DBFOT – *Design, Build, Finance, Operate and Transfer* en las que la infraestructura no existe, sino que el concesionario la diseña, construye y mantiene.

En el caso de los contratos mencionados en 1 y 2 no cabría dar exclusividad en la prestación de servicios. Esta sería la interpretación del Reglamento.

En efecto, el Reglamento²⁸ de la LSPN establece que la inversión en infraestructura pública podrá efectuarse de las siguientes maneras: (i) administración de bienes de dominio público portuario, a través de las modalidades contractuales del artículo 10^o, las que podrán incluir inversiones para la mejora sustancial de la infraestructura existente y/o del desarrollo de nueva infraestructura (ésta sería la modernización a la que se refiere la ley, bajo el esquema BOT); y, (ii) desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de nueva infraestructura portuaria en áreas de desarrollo portuario y en áreas dentro de una zona portuaria referidas en el artículo 11.3^o de la LSPN, con las modalidades BOOT o DBFOT.

Cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 24^o incisos b), d) y l)²⁹ de la LSPN y 48^o de su

25 Ley 27943

Artículo 10.- Administración de Infraestructura Portuaria
(...)

10.5 Los contratos que se suscriban con el sector privado para la modernización de la infraestructura portuaria tienen como objetivo el desarrollo de nueva infraestructura, o la mejora sustancial de la ya existente, de acuerdo a los requerimientos del Plan Nacional de Desarrollo Portuario, siendo el incumplimiento de los compromisos de inversión causal de resolución de los respectivos contratos.

26 Ley 27943

Artículo 11.- Inversiones en Infraestructura Portuaria
(...)

11.3 La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá aplicar la ejecución y/o prestación exclusiva de actividades y servicios portuarios.

27 La expresión *greenfield site* alude a la realización de una obra desde cero, un proyecto nuevo que se debe emprender desde el principio.

28 Decreto Supremo N° 003-2004-MTC

Artículo 49.- La inversión en infraestructura portuaria de titularidad pública conforme a los requerimientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, podrá efectuarse de las siguientes maneras:

- a. Administración de los bienes de dominio público portuario a través de las modalidades contractuales establecidas en el artículo 10 de la Ley, las mismas que podrán incluir inversiones para la mejora sustancial de la infraestructura existente y/o el desarrollo de nueva infraestructura.
- b. Desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de nueva infraestructura portuaria en áreas de desarrollo portuario y en áreas dentro de una zona portuaria, referidas en el artículo 11.3 de la Ley.

29 Ley 27943

Artículo 24.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Nacional

La Autoridad Portuaria Nacional tiene atribuciones exclusivas en lo técnico normativo, y otras atribuciones de carácter ejecutivo delegables a las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. Las atribuciones son:

(...)

b) Elaborar y proponer los planes de inversión pública y las convocatorias a la inversión privada en materia de desarrollo portuario;

d) Celebrar con el sector privado los compromisos contractuales que faculta la presente Ley, como resultado de un concurso público, con arreglo a ley.

(...)

l) Promover y facilitar las concesiones al sector privado en áreas de desarrollo portuario.

Reglamento³⁰, la APN conduce los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria de titularidad pública para lo cual debe celebrar convenios de cooperación con Proinversión. De esta manera, la APN celebra con los agentes privados los contratos respectivos. Cabe destacar, sin embargo, que el contrato de concesión debe ser aprobado por Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones³¹.

Una precisión adicional es que en caso de los contratos con el sector privado a que se refiere el artículo 11.3° de la LSPN, debe aplicarse el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de servicios Públicos, debiendo celebrarse el contrato de concesión respectivo³². Ello por cuanto el artículo 2° de dicha norma señala que "La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas es la concesión." Lo mismo debe ocurrir en caso de emplearse la modalidad de administración con mejoramiento de infraestructura (BOT). En caso de entrega en administración sin inversiones, se podrá aplicar las demás modalidades previstas en el artículo 10.3. de la LSPN.

b) Plazo de los contratos con el Sector Privado

El artículo 10.3. dispone que la infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de treinta años. La LSPN no establece ninguna excepción a dicho plazo de manera expresa.

No obstante, el Reglamento³³ de la LSPN señala que los contratos con el sector privado para la administración de infraestructura portuaria podrán ser prorrogados hasta por treinta años adicionales. Las condiciones de prórroga se deben establecer en las bases de la Licitación Pública y en el contrato correspondiente.

Esta disposición reglamentaria es coherente con lo establecido en el TUO de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión de obras de

infraestructura y servicios públicos, que establece un plazo máximo de sesenta años para las concesiones de infraestructura.

Consideramos que resulta razonable interpretar que los contratos de administración o administración con inversión no se pueden prorrogar, pero debería admitirse que las obras que son *greenfield sites* se puedan dar en plazos mayores (hasta sesenta años), concordando con el régimen del TUO que precisamente se aplica a obras de infraestructura.

No obstante, puede cuestionarse dicha norma reglamentaria señalando que va más allá de lo establecido en el texto de la LSPN. De hecho, así lo habrían entendido Proinversión y la APN en el concurso del terminal de contenedores, pues se ha incluido un plazo de treinta años improrrogables en el contrato de concesión.

5.2. Tarifas

En materia tarifaria, el régimen general para otras infraestructuras de transporte (como aeropuertos o ferrocarriles) es que OSITRAN tiene la facultad exclusiva de regular y opinar sobre este aspecto, y no es necesario que consulte a nadie para dictar la regulación. En el caso de puertos, como veremos a continuación, la LSPN contiene una excepción: es necesario solicitar una opinión a Indecopi y una propuesta a la APN.

De acuerdo con el artículo 13°³⁴ de la LSPN, la utilización de bienes portuarios de uso público, cuando no existan condiciones de competencia, estará sujeta al pago de tarifas. Las tarifas se aplicarán en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la APN. En caso la utilización de los bienes portuarios de uso público se realice en régimen de libre competencia, estará sujeta al pago de precios libremente establecidos por sus prestadores.

Cabe anotar que los puertos o terminales de titularidad privada no están sujetos, en principio, al pago de

30 Decreto Supremo N° 003-2004-MTC

Artículo 48.- La Autoridad Portuaria Nacional y las Regionales conducirán los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria de titularidad pública. Para la ejecución de dichos procesos, la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales deberán celebrar con la Agencia de Promoción de la Inversión Privada -PROINVERSIÓN-, convenios de cooperación.

La Autoridad Portuaria Nacional es la entidad competente para celebrar los contratos señalados en los artículos 10 y 11 de la Ley en puertos y/o terminales portuarios de ámbito nacional. Las Autoridades Portuarias Regionales son las entidades competentes para conducir los procesos referidos en este artículo en los puertos y/o terminales de ámbito regional que se encuentren bajo su jurisdicción.

Los contratos referidos en este artículo serán publicados en el Diario Oficial El Peruano y en la página web de la Autoridad Portuaria competente 15 (quince) días hábiles antes de su suscripción por parte de las Autoridades Portuarias correspondientes. Estos contratos requerirán aprobación por Decreto Supremo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para entrar en vigencia.

31 Ver artículo 10.2. de la LSPN y artículo 48 del Reglamento de la LSPN.

32 Ello ha ocurrido en el caso del Nuevo Terminal de Contenedores, bajo la modalidad DBFOT.

33 Decreto Supremo N° 003-2004-MTC

Artículo 50.- Los contratos que se celebren con el sector privado para la administración de infraestructura portuaria podrán ser prorrogados hasta por 30 (treinta) años adicionales, debiendo establecerse las condiciones de prórroga en las bases de la Licitación Pública y en el contrato correspondiente.

34 Ley 27943

Artículo 13.- Tarifas portuarias

13.1 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 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.

13.2 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.

13.3 Los puertos o terminales privados de uso privado no están sujetos a los regímenes tarifarios.

tarifas³⁵. Por otro lado, el puerto privado sí puede prestar servicios a terceros³⁶, aunque en estos casos se prevé la posibilidad de regulación tarifaria si tales servicios superan un determinado porcentaje.

Así lo ha establecido el artículo 19° del Reglamento de la LSPN, en el siguiente sentido:

“Los titulares de puertos y terminales portuarios de titularidad privada decidirán el uso al que serán destinadas sus instalaciones. (...) Los puertos privados de uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros no vinculados sin perder su condición de puerto privado de uso privado. Estos servicios no estarán sujetos a regímenes tarifarios o de accesos, debiendo ser prestados respetando los derechos del usuario en su condición de consumidor del servicio y/o actividad”.

Cabe anotar que estas disposiciones dejan sin efecto la norma del Reglamento General de OSITRAN³⁷ que excluye de la jurisdicción de este regulador la infraestructura de uso privado, siempre que no se utilice para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica.

Debe tenerse presente que, si los servicios portuarios que el terminal privado presta a terceros superan el 75% del volumen anual del total de la carga movilizada, y no existiera competencia, en virtud del artículo 21° del citado Reglamento, dejaría de tener el régimen de los puertos de uso privado y sí tendría una limitación para fijar sus precios:

“(…) En los casos que en un puerto o terminal portuario de uso privado el porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75% del volumen anual de carga movilizada en las instalaciones portuarias, la Autoridad Portuaria Nacional solicitará a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPi, opinión técnica respecto a la existencia de competencia entre los servicios prestados por los puertos de uso público y los puertos de uso privado en la zona de influencia comercial.

De verificarse la existencia de competencia se determinará la desregulación de los servicios prestados en los puertos de uso público durante el resto del ejercicio; en caso contrario, el administrador portuario del puerto de uso privado no podrá durante el resto del ejercicio cobrar por los servicios que preste a terceros, precios mayores a aquellos establecidos para servicios portuarios en puertos de uso público en su zona de influencia comercial.

Los regímenes señalados en el párrafo anterior subsistirán en el ejercicio subsiguiente, en tanto, se vuelva a superar el porcentaje señalado en este artículo”.

“(…) el puerto privado sí puede prestar servicios a terceros, aunque en estos casos se prevé la posibilidad de regulación tarifaria si tales servicios superan un determinado porcentaje.”

De acuerdo con esta norma, si se determina que no existe competencia entre el puerto privado que mueve más de 75% de carga de terceros y los puertos de uso público o privado cercanos (la norma no dice cuál es la extensión de la zona de influencia, pero entendemos que Indecopi deberá determinarla al hacer su análisis) entonces el puerto privado no podrá cobrar precios más altos que aquellos fijados para los puertos de uso público de la zona de influencia comercial.

En el caso de los puertos de titularidad pública, la LSPN dispone que las tarifas las fija OSITRAN a propuesta de la APN y el Reglamento ha añadido la intervención de Indecopi.

35 Ley 27943

Artículo 6.- Clasificación de los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias

Los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias, para los efectos de la presente Ley, se clasifican de la siguiente forma:

1. Por la titularidad de sus obras e instalaciones, los puertos o terminales portuarios pueden ser Públicos o Privados. Son Públicos cuando la infraestructura y/o instalaciones son de propiedad del Estado y son Privados cuando dichos bienes son de propiedad privada.
2. Por la ocupación y uso de sus obras e instalaciones o por la fórmula de administración de las mismas, con independencia de su titularidad, pueden ser de Uso General y de Uso Exclusivo.

Son de Uso General o Uso Público cuando existe obligación de poner los bienes portuarios a disposición de cualquier solicitante y de Uso Exclusivo o de Uso Privado cuando el propietario los destina para sus propios fines. Los puertos privados de uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, en concordancia con la presente Ley y su Reglamento.

36 Artículo 16 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC

“Son de titularidad privada los puertos, terminales portuarios, instalaciones e infraestructuras portuarias que sean de dominio o propiedad privada particular. Tal titularidad no se perjudica (...) por la naturaleza del uso público o privado al que se destinen”.

- 37 El artículo 1 – Definiciones del referido Reglamento General establece que se excluye del concepto de Infraestructura “Aquella de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efectos de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica.

Así, el Reglamento de la LSPN dispone que cuando no existan condiciones de competencia en la utilización de bienes portuarios de uso público, la APN u OSITRAN deberán solicitar al Indecopi que se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia. Indecopi deberá pronunciarse en 70 días hábiles. De comprobarse la no existencia de condiciones de competencia, la APN deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles. Si vence dicho plazo y la APN no presentó su propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

Entonces, vemos que en el caso de los puertos de titularidad pública, el proceso de aprobación de tarifas se ve demorado por la obligatoria intervención de APN y el Indecopi, de acuerdo al Reglamento de la LSPN³⁸. Como ya se dijo, en caso de otras infraestructuras de transporte, el proceso corre a cargo únicamente de OSITRAN sin consultar a Indecopi u otra autoridad.

Esta intervención de otras autoridades en el procedimiento de regulación tarifaria, hace que un proceso que de por sí resulta largo, se prolongue aún más. Según la Exposición de Motivos del Reglamento de Tarifas de OSITRAN, el proceso de fijación de tarifas en caso de servicios derivados de la explotación de infraestructura portuaria será como mínimo de 270 días y como máximo de 305 días, mientras que en el caso de otras infraestructuras, dichos plazos suelen fluctuar entre los 115 y los 205 días.

Cabe preguntarse qué sucede si, una vez regulada la tarifa y luego de un tiempo, se verifica que existen condiciones de competencia. El Reglamento de la LSPN nada dice. A nuestro entender, no sería necesario que intervenga la APN, sino que bastará que OSITRAN desregule los servicios. Si, luego de un tiempo, nuevamente se observara que no existe competencia, Indecopi tendría que pronunciarse conforme al artículo 59° del Reglamento de la LSPN ya anotado.

En el caso de contratos de concesión u otros celebrados con el sector privado, no se requiere la intervención de

Indecopi, por lo que corresponde únicamente que se fije en el contrato la tarifa respectiva y la periodicidad de su revisión, reajustes, fórmulas, etc., salvo en el caso de servicio nuevo.

5.3. Principios Regulatorios

En la LSPN hay una repetición de algunos principios contenidos en el Reglamento de OSITRAN.

En efecto, el artículo 14 de la LSPN establece lo siguiente:

“14.3 En el ejercicio de las actividades y los servicios portuarios en los puertos de uso público, los integrantes del sistema portuario nacional observan los siguientes principios:

a) Libre competencia:

Están prohibidas las prácticas que constituyan abuso de posición de dominio o que sean restrictivas de la libre competencia.

b) No discriminación e igualdad ante la Ley:

Los Administradores Portuarios están prohibidos de aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre Usuarios del Puerto u Operadores Portuarios que sean competidores.

No pueden existir diferencias en las condiciones legales a que se encuentran sujetos los Operadores Portuarios, cuando compiten en la prestación del mismo servicio con los Administradores Portuarios.

c) Neutralidad:

Los Administradores Portuarios que presten servicios portuarios esenciales directa o indirectamente, o que tengan una posición dominante en algún mercado derivado de la explotación de la Infraestructura Portuaria, están prohibidos de valerse de tales situaciones para prestar otros servicios

38 **Decreto Supremo N° 003-2004-MTC.** Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 013-2004-MTC:

Artículo 59.- En relación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, se aplican las siguientes disposiciones:

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, quien 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.

en condiciones más ventajosas que la de sus competidores.

d) Prohibición de transferencias de precios:

Los Administradores Portuarios no deben utilizar los ingresos provenientes de las actividades o servicios portuarios para transferir precios a otros servicios portuarios que presten.

e) Contabilidad separada:

Los Administradores Portuarios autorizados para prestar dos o más servicios portuarios están obligados a llevar contabilidad separada de los mismos.

f) Libre elección:

Los Usuarios del Puerto pueden elegir libremente a los Operadores Portuarios que más convenga a sus intereses".

Respecto de estos principios, cabe hacer algunos comentarios. Por ejemplo, el inciso f) no será aplicable en caso de contratos celebrados al amparo de artículo 11.3° de la LSPN en que se otorgue la exclusividad en la prestación de los servicios, pues en tal caso, el usuario sólo podrá contratar al administrador portuario que tiene dicho derecho de exclusividad, por lo que no hay libertad de elección respecto de tales servicios.

En cuanto al principio de no discriminación, éste ya se encuentra regulado en el artículo 5° del Reglamento General de OSITRAN. Igualmente, el principio de neutralidad se regula en el artículo 4° de dicho Reglamento. Por su parte, el principio de prohibición de subsidios cruzados (denominado en la LSPN "prohibición de transferencias de precios") y la exigencia de llevar contabilidad separada son también herramientas del ámbito de la regulación económica.

Consideramos que debe entenderse que si bien estos principios se aplican a la infraestructura portuaria, quien se encarga de su *enforcement* es OSITRAN. Ello, por cuanto los mismos son propios de la regulación económica que realiza dicho organismo y que no es parte de la competencia de la APN.

5.4. Acceso a Infraestructura

Este es quizá el tema que presenta más complicaciones con respecto a la actuación del regulador, pues la regulación de la LSPN no es muy precisa ni ordenada.

a) El Reglamento Marco de Acceso

El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) de OSITRAN, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN³⁹, se basa en el concepto de facilidad esencial, el mismo que ha surgido de la jurisprudencia *antitrust* norteamericana y es recogido en la actualidad por los marcos regulatorios de los servicios públicos.

En efecto, el concepto de facilidad o instalación esencial tiene su origen en la *Essential Facilities Doctrine* desarrollada por la jurisprudencia de las Cortes norteamericanas, básicamente en relación con las negativas a contratar con competidores.

*"En determinadas circunstancias, la negativa de dar acceso por parte de un monopolista a una facilidad que es esencial para la efectiva competencia, cuando es factible proveer ese acceso, constituye una forma de conducta anticompetitiva"*⁴⁰.

Se ha considerado que el control de una instalación esencial confiere una posición de dominio. Según la Comisión Europea *"Toda sociedad que controle el acceso a una instalación disfruta de una posición de dominio... A la inversa, es posible que una sociedad goce de una posición de dominio sin controlar una instalación esencial..."*⁴¹.

En el ámbito del transporte existe infraestructura que es explotada por el titular en condiciones de exclusividad (monopolio natural). Asimismo, existen ciertos servicios relacionados con la propia infraestructura que son prestados por el administrador de la misma y que no tiene sentido que se encuentren en competencia (seguridad, señalización, limpieza, etc.). Pero hay servicios que se pueden prestar en la infraestructura en régimen de competencia. A éstos resulta factible liberalizarlos disponiendo que no forman parte de la exclusividad del titular. Por ejemplo, en el aeropuerto, el control del tránsito aéreo lo presta el titular en exclusiva pero el servicio de rampa pueden prestarlo terceros en competencia.

Ahora bien, la liberalización no será suficiente si no se ordena el acceso obligatorio a la infraestructura para prestar los servicios. Ello porque el titular de la infraestructura no tiene incentivos para permitir la entrada de competencia. Respecto de los servicios en competencia, se quiere evitar que el administrador de la infraestructura ejerza poder monopolístico, excluyendo a los competidores, mediante la negativa de acceso a un recurso sin el cual no van a poder prestar sus servicios⁴².

39 Publicada el 25 de setiembre de 2003. Esta Resolución sustituyó al Reglamento de Acceso anterior que fuera aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 034-2001-OSITRAN, publicada el 31 de diciembre de 2001.

40 OECD The Essential Facilities Concept. Competition Policy Roundtables. N° 5 OCDE/GD (96)113. EN: URL: <http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/ess10.htm>.

41 Comisión Europea. Comunicación sobre acceso desglosado al bucle local: prestación competitiva de una amplia gama de servicios de comunicación electrónica, incluidos los multimedios de banda ancha y la Internet de alta velocidad. 23-9-2000. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. párrafo 69°.

42 En este sentido, el artículo 5° del REMA señala como la finalidad del mismo lo siguiente: *"Las reglas, principios y procedimientos que se establece en el presente Reglamento, tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva."*

El acceso es la utilización de la infraestructura esencial por parte de los usuarios intermedios, quienes brindan servicios a los usuarios finales precisamente mediante la utilización de aquélla. Con la regulación, se busca generar competencia, no en la explotación de la infraestructura (que en sí misma supone exclusividad), sino en los servicios que se prestan utilizando dicha infraestructura.

OSITRAN ha aprobado el REMA para hacer viable dicho mecanismo, pero las normas de la LSPN en materia de competencia de la APN respecto del acceso no son claras, como se verá luego, pudiendo complicar la aplicación del REMA

Según el REMA, esta necesidad de utilización por el usuario intermedio es un fenómeno económico que requiere de la regulación para generar los efectos de bienestar ya anotados⁴³. Es respecto de esa situación que OSITRAN actúa, como regulador, con el fin de promover la competencia.

Encasode 11.3. de la LSPN en que se otorga en exclusividad servicios, no se aplica la normativa de acceso.

b) Atribuciones de OSITRAN en materia de acceso a la infraestructura

El artículo 5° inciso d) de la Ley de OSITRAN señala que es un objetivo de OSITRAN el fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean estas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Indecopi.

Entre las funciones mencionadas en la Ley de OSITRAN, debe destacarse las referidas a:

- llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte (artículo 7.1. literal o); y
- cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y, en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura (artículo 7.1, literal p).

Asimismo, el Reglamento de OSITRAN menciona en su artículo 18°, entre otros, los siguientes objetivos:

43 Artículo 7.- Concepto de Acceso.

Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística. En tal virtud, el presente Reglamento regula **el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios.**

44 La Función Normativa permite al OSITRAN dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos y normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones, pudiendo éstos definir los derechos y obligaciones de las Entidades Prestadoras y los usuarios. Del mismo modo, comprende la facultad de dictar mandatos, u otras disposiciones de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Así, existen dos esferas de actuación del regulador en ejercicio de esta función: dictar normas reglamentarias, de alcance general y dictar disposiciones particulares o actos administrativos, con efectos para determinados sujetos.

Cabe señalar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25° del REGLAMENTO DE OSITRAN esta función normativa es indelegable.

“(...) OSITRAN puede dictar tanto reglamentos (como el REMA), como actos con efectos particulares respecto de obligaciones y derechos de los administrados, por ejemplo, los mandatos de acceso.”

- Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de servicios vinculados a la explotación de la infraestructura
- Garantizar el acceso universal al uso de la infraestructura y a los servicios vinculados a ella.
- Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios de la infraestructura.

Ahora bien, según el Reglamento de OSITRAN, en ejercicio de la función normativa⁴⁴, OSITRAN puede dictar Reglamentos y normas de carácter general referidos a los siguientes asuntos:

“f) Normas relacionadas con el acceso a la utilización de la Infraestructura;

(...)

h) Condiciones de acceso a la Infraestructura y a la provisión equitativa de los servicios vinculados a la misma, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones de contratación, pudiendo excepcionalmente aprobar los formatos de contratos, de ser ello necesario.”

Entonces, en base a su potestad normativa en materia de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, OSITRAN puede dictar tanto reglamentos (como el REMA), como actos con efectos particulares respecto de obligaciones y derechos de los administrados, por ejemplo, los mandatos de acceso.

La APN se crea con posterioridad a OSITRAN, con lo cual, una posible interpretación ante la mencionada duplicidad de funciones pudiera ser que la LSPN hubiera derogado normas que atribuyen facultades a

OSITRAN para otorgárselas a la APN, en particular, en materia de acceso a la infraestructura portuaria.

De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 24° de la LSPN, la APN tiene **atribuciones exclusivas en lo técnico normativo**, y otras atribuciones de carácter ejecutivo delegables a las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo Portuario.

El inciso k) del artículo 24° de la LSPN establece que la APN tiene entre sus facultades:

“Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse.”

De acuerdo al Principio de Legalidad en materia administrativa, debe entenderse que una autoridad como la APN tiene las facultades expresamente otorgadas por ley, no pudiendo actuar en exceso de ellas sin incurrir en violación del orden jurídico⁴⁵. A la Administración no se le aplica el principio de que lo que no está expresamente prohibido está permitido. Tal supuesto rige para los particulares, pero la Administración no puede actuar libremente a falta de norma, pues sus actos son reglados por el ordenamiento, pudiendo hacer solamente lo autorizado por Ley.

En el presente caso, la duda se presenta en relación con el inciso k) del artículo 24° de la LSPN, pues cabe preguntarse si la APN tiene facultades en materia de acceso y si en este aspecto ha asumido las funciones que tenía OSITRAN.

Como se ha indicado, el inciso k) del artículo 24° de la LSPN atribuye a la APN la facultad de “Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria (...)”, por lo que, aunque la norma no lo señala expresamente, en un primer momento, podría entenderse que le otorga facultades normativas a la APN en materia de acceso, en sustitución de OSITRAN.

No obstante, como esta norma no se puede interpretar de manera aislada, sino en armonía con las demás disposiciones dentro de la misma LSPN que se refieren a la infraestructura portuaria y a OSITRAN, necesariamente debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 21.2. de la LSPN, que establece una delegación de facultades de OSITRAN a favor de la APN:

“En materia de infraestructura de uso público que se regula en la presente Ley, **conservando sus funciones normativas propias, OSITRAN delega sus funciones técnicas y las operativas a la Autoridad Portuaria Nacional**, pudiendo revocar éstas para sí mediante acuerdo de su Consejo Directivo, aprobado por unanimidad. La razón de esta revocatoria será determinada por causa objetiva señalada en el Reglamento.”

Del texto de esta norma se desprende que no se ha delegado la función normativa de OSITRAN en la APN, sino que más bien se confirma que OSITRAN conserva sus facultades normativas plenas en el ámbito de su competencia, es decir, también en materia de acceso a la infraestructura de uso público.

El Reglamento de la LSPN⁴⁶ corrobora esta interpretación, al señalar que las funciones delegadas a la APN comprenden la aprobación de expedientes técnicos, contratación temporal de empresas para

45 No existe, pues, “ningún espacio franco o libre de Ley en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y disposiciones de la Administración, todos, han de ser conformes a Derecho... el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa.” Cfr.: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Civitas Ediciones. Madrid, 2000 p. 440

46 Artículo 101.- **Las funciones técnicas y operativas delegadas por OSITRAN** a la Autoridad Portuaria Nacional, en cumplimiento del numeral 21.2 de la Ley, son aquellas que permiten a ésta, **verificar el pleno cumplimiento de las obligaciones técnicas por parte de los Administradores Portuarios bajo la competencia de OSITRAN**, según lo dispone el artículo 24 de la Ley. Las funciones delegadas a la Autoridad Portuaria Nacional son las siguientes:

- a. La aprobación de los expedientes técnicos, comprendidos en los programas de inversiones a cargo de las empresas que en virtud de un título contractual explotan infraestructura portuaria de uso público.
 - b. En los casos en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación del contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, las Autoridades Portuarias correspondientes podrán contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año.
- La Autoridad Portuaria Nacional presentará a OSITRAN un informe semestral, con relación al ejercicio de las funciones delegadas, de acuerdo a los requerimientos que efectúe OSITRAN.

Del mismo modo, **se le transfiere a la Autoridad Portuaria Nacional funciones propias de OSITRAN**, las mismas que están señaladas en el artículo 106. Asimismo, las siguientes funciones son transferidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a la Autoridad Portuaria Nacional:

1. Establecer las normas técnico-operativas para el desarrollo y la prestación de las actividades y los servicios portuarios acorde con los principios de transparencia y lo establecido en el artículo 35 de la Ley.
2. Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria, sujetos al ámbito de su competencia.

En aquellos casos, en los que **un usuario intermedio**, autorizado por la Autoridad Portuaria Nacional con las licencias señaladas en el artículo 45, **requiera utilizar infraestructura o instalaciones portuarias de uso público, para poder prestar sus servicios en el mercado, el Administrador Portuario deberá seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público**. Corresponde a OSITRAN garantizar el ejercicio de tal derecho a los usuarios intermedios de conformidad con lo establecido en el numeral 21.2 de la Ley. (El énfasis es nuestro)

evitar paralización de servicios y las del artículo 106 del Reglamento de la LSPN ⁴⁷, que dispone:

“Artículo 106.- Precítese que corresponde a la Autoridad Portuaria Nacional ejercer las siguientes funciones, de conformidad con lo señalado en los incisos g) y r) del artículo 24 de la Ley:

- a. Regular la coordinación entre los distintos Administradores Portuarios y otros agentes vinculados al Sistema Portuario Nacional, lo cual incluye la supervisión de la Junta de Operaciones de los puertos.
- b. Velar por el cumplimiento de las normas y obligaciones sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura portuaria, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.”

De las normas citadas puede concluirse que las facultades de la APN no incluyen la potestad normativa referida a garantizar el acceso a infraestructura, esto es, que no hay una delegación ni derogación de las normas del regulador en dicha materia⁴⁸.

En consecuencia, la regulación del acceso a infraestructura portuaria continúa en manos de OSITRAN, en su calidad de organismo regulador.

c) Atribuciones de APN en relación con el acceso

La APN sí tiene otras atribuciones relacionadas con el acceso a la infraestructura. El artículo 24° de la LSPN le atribuye la facultad de dictar normas técnicas,

administrativas y operativas fijando las condiciones que deben cumplir quienes soliciten acceso, todo ello en consonancia con los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo Portuario (incisos a y k).

La APN podrá normar los aspectos no referidos a la autorización de acceso a usuarios intermedios, pero relacionados con éste. Por ejemplo, el artículo 18° del REMA⁴⁹ se refiere a las condiciones que pueden establecer las entidades prestadoras para que los usuarios puedan acceder: los seguros, garantías comerciales, requisitos técnicos, ambientales, operativos, etc. La APN podrá regular estos aspectos con carácter obligatorio para los puertos bajo su ámbito, es decir, fijar las condiciones técnicas y operativas que las Entidades Prestadoras deberían requerir para dar el acceso a la infraestructura portuaria, siempre que esto no constituya una barrera de acceso. Así, la APN dará cumplimiento al artículo 24° inciso k) de la LSPN sin interferir con las normas del REMA ni las funciones de OSITRAN.

Esto concuerda con el artículo 6° del REMA que señala en su inciso d) que **no es objeto del mismo**:

“d) La normativa sobre los **requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales**, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen **brindar servicios** relativos a la explotación de la infraestructura de transporte.”

Siendo que la APN tiene facultades técnicas, siguiendo los lineamientos del Plan de Desarrollo respectivo, podrá fijar una serie de normas operativas.

47 Cabe anotar que el texto original del mismo estableció lo siguiente:

Precítese que corresponde a la Autoridad Portuaria Nacional ejercer las siguientes funciones, de conformidad con lo señalado en los incisos g), k) y r) del artículo 24 de la Ley:

- a. Velar por el cumplimiento de las normas y obligaciones sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública portuaria, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.
- b. Regular la coordinación entre los distintos Administradores Portuarios y otros agentes vinculados al Sistema Portuario Nacional, lo cual incluye la supervisión de la Junta de Operaciones de los puertos.
- c. Normar en lo técnico, operativo y administrativo el acceso a la infraestructura portuaria, sin perjuicio de las funciones normativas propias de OSITRAN para emitir las normas relativas al derecho de los usuarios intermedios de acceder a la infraestructura portuaria calificada por dicho organismo como facultad esencial, de acuerdo a lo establecido por el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

Mediante el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 013-2004-MTC, publicado el 19 de marzo de 2004, se modificó el artículo 106, eliminándose el inciso c) del mismo.

48 El Reglamento de la LSPN regula las causales de revocatoria de la delegación por OSITRAN. Artículo 102.- El Consejo Directivo de OSITRAN podrá revocar la o las funciones delegadas a la Autoridad Portuaria Nacional, cuando se acredite que la Autoridad Portuaria Nacional está ejerciendo alguna de las funciones delegadas de manera parcializada o técnicamente no idónea.

En estos casos, el Consejo Directivo de OSITRAN deberá comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional su intención de ejercer su derecho de revocación con indicación, expresa y motivada de la o las funciones que pretende revocar.

La Autoridad Portuaria Nacional presentará al Consejo Directivo de OSITRAN su posición con relación a la mencionada denuncia de parte, dentro de los 15 (quince) días hábiles de recibida la comunicación de OSITRAN.

En tal caso, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante acuerdo aprobado por unanimidad, se pronunciará sobre la revocación de funciones delegadas a la Autoridad Portuaria Nacional. La Resolución del Consejo Directivo es inapelable.

49 El artículo 18° citado menciona los requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios, y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras, que deberán estar en concordancia con las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Entidad Prestadora podrá incorporar en su Reglamento de Acceso estos requisitos de manera explícita, o podrá hacer referencia a las normas que los contengan.

Los requisitos no establecidos en las disposiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ser razonables o **deben ajustarse a estándares establecidos internacionalmente**. OSITRAN presumirá que tales exigencias son razonables cuando se demuestren que son prácticas comerciales ordinarias.

La Entidad Prestadora deberá acreditar la razonabilidad de toda exigencia por encima de tales estándares, la que deberá estar debidamente justificada por las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso deben constituir barreras al Acceso.

En cuanto a las pólizas de seguro y garantías requeridas por la Entidad Prestadora para dar acceso, se señala que éstas deberán ser **razonables en atención a la naturaleza y riesgos del servicio involucrado**. OSITRAN podrá evaluarlas de modo tal de aprobar la razonabilidad de la cobertura y nivel de garantías exigidas. Para tal evaluación, podrán usarse como parámetros las prácticas comerciales ordinarias para actividades o servicios similares, entre otros elementos.

Cabe anotar que el artículo 16 del REMA establece que todas las condiciones que establezcan las Entidades Prestadoras para otorgar el derecho de Acceso **deberán ajustarse a la naturaleza de la operación o servicio involucrado**. Añade que en ningún caso, serán aceptables condiciones discriminatorias entre usuarios intermedios que se encuentren en la misma situación, salvo razones debidamente justificadas, tales como diferencias en la infraestructura, condiciones de pago, volumen de operación, resultado de subasta, entre otras.

Del mismo modo, OSITRAN tiene un ámbito de actuación que no puede exceder (no puede tomar acciones que vayan más allá de garantizar acceso para promover competencia) por lo que no puede sustituir al titular de la infraestructura o a la APN según el caso, en la toma de decisiones operativas y técnicas, si estas entidades cumplen con dar un acceso no discriminatorio a los competidores.

En efecto, de acuerdo a lo indicado anteriormente, OSITRAN tiene la función, a través del *enforcement* del REMA, de promover la competencia en los servicios que se prestan en la infraestructura portuaria. Su objetivo al aplicar esas normas es que no se obstruya mediante negativas injustificadas la utilización de dicha infraestructura por un usuario intermedio para prestar sus servicios. Así, OSITRAN puede obligar a la Entidad Prestadora titular de la infraestructura a dar acceso al usuario intermedio que lo solicite y cumpla los requisitos del REMA.

No obstante, OSITRAN no puede sustituir la voluntad de la Entidad Prestadora en otros aspectos, como en decidir cómo se administra la infraestructura (a menos que algún acto de administración se realice con la única finalidad de impedir el acceso).

En efecto, es la Entidad Prestadora la que define las condiciones de acceso. El artículo 18° del REMA⁵⁰ señala los requisitos que pueden fijar las entidades prestadoras y que no pueden ser objetados por OSITRAN a menos que sean irracionales, es decir que constituyan barreras de acceso⁵¹. Estos son requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras; así como pólizas de seguros y garantías para respaldar el pago de cargos de acceso y de daños.

6. A Modo de Conclusión


Además de los temas brevemente planteados en este artículo, hay otros aspectos en que se pueden producir

problemas de interpretación y aplicación del marco legal, o duplicidad de funciones de las entidades competentes (por ejemplo, ver incisos m) y q) del artículo 24° de la LSPN que atribuye a la APN funciones de velar por derechos de usuarios y establecimiento de sistemas de solución de controversias, con las que también cuenta OSITRAN) y probablemente se puedan identificar o surjan otros conforme se vaya aplicando la LSPN en el futuro.

Hubiera sido deseable que la LSPN fuera más clara en dejar atribuciones propias del regulador, como el caso de las tarifas, completamente en sus manos. Así ocurre en otros sectores de infraestructura de transporte y no parecería haber justificación para que en infraestructura portuaria deban intervenir otras entidades. También hubiera sido mejor incluir disposiciones más claras respecto a la aplicación de las normas de acceso a infraestructura, aunque como se ha explicado, entendemos que no existe superposición entre las funciones de OSITRAN en esta materia y las atribuciones de APN.

En cuanto a las normas de promoción de la inversión privada, las competencias parecen estar asignadas más claramente. Estas normas ya se pusieron a prueba con el proceso de concesión del nuevo terminal de contenedores y todo indica que dicha prueba fue exitosa.

En efecto, en el proceso de otorgamiento en concesión del nuevo terminal de contenedores del Callao se ha observado cómo la actuación de las entidades competentes del Estado (APN, Proinversión, MTC y OSITRAN) puede generar buenos resultados si se actúa con el objetivo común de beneficiar al país, en este caso, con nuevas inversiones.

Lo que es importante para la seguridad jurídica es que las entidades tengan claras sus funciones a fin de que no se produzcan conflictos entre ellas por el ejercicio de las mismas. Una interpretación coherente y sistemática de las normas puede evitar que tales discrepancias se produzcan, en beneficio de los usuarios y operadores 

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

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

a) Requisitos que se debe cumplir para otorgar el derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, de acuerdo a lo que estipule la legislación aplicable y los respectivos contratos de concesión. Por tanto, no podrán en modo alguno afectar las disposiciones del presente Reglamento.

b) Requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios, y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras, que deberán estar en concordancia con las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Entidad Prestadora podrá incorporar en su Reglamento de Acceso estos requisitos de manera explícita, o podrá hacer referencia a las normas que los contengan.

Los requisitos no establecidos en las disposiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ser razonables o deben ajustarse a estándares establecidos internacionalmente. OSITRAN presumirá que tales exigencias son razonables cuando se demuestren que son prácticas comerciales ordinarias.

La Entidad Prestadora deberá acreditar la razonabilidad de toda exigencia por encima de tales estándares, la que deberá estar debidamente justificada por las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso deben constituir barreras al Acceso.

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

51 Según definición del REMA:

"Se considera barrera al Acceso a cualquier limitación que impide, encarece o desalienta el Acceso a un mercado, sea de naturaleza legal, tecnológica o estratégica. Se dirá que existen barreras al Acceso cuando la empresa establecida puede generar ganancias extraordinarias sin atraer la entrada de nuevos competidores.

Las barreras son legales cuando surgen como consecuencia de limitaciones impuestas por una Ley o cualquier otra norma dictada por algún organismo del Estado.

Las barreras son tecnológicas cuando se vinculan a los diferentes tipos de economías que se pueden dar en un proceso productivo determinado, tales como economías de escala, de diversificación, de coordinación, de densidad u otras similares.

Las barreras son estratégicas cuando se derivan de la acción directa de un proveedor en el mercado quien las erige para disuadir o limitar la entrada de competidores o hacerla menos rentable."