



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

 Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/08/2019
14:56:11 -0500

N° 0038-2019-CD-OSITRAN

Lima, 21 de agosto de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 0113-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332, OSITRAN, en ejercicio de su función normativa, tiene la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, entre otros, mandatos de carácter particular referidos a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, en el mismo sentido, el numeral 4 del artículo 11° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, prescribe que mediante la aprobación de un Mandato de Acceso, OSITRAN determina a falta de acuerdo entre las partes, el contenido íntegro o parcial de un contrato de acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora, siendo que los términos del mismo constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes;

Que, el artículo 101° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias (en adelante REMA), establece que el Mandato de Acceso será emitido por OSITRAN dentro de un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la recepción de los comentarios remitidos por las partes al OSITRAN, o del vencimiento del plazo establecido en el artículo anterior en el caso que el OSITRAN no haya recibido los comentarios de las partes;

Que, mediante Carta N° EMP-0043-19-GG, recibida el 4 de abril de 2019, la Empresa Marítima del Perú S.A.C. (en adelante, EMP) presentó a OSITRAN su solicitud de emisión de mandato de acceso para el uso de facilidades esenciales para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani al no haber llegado a un acuerdo la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A. (en adelante, TISUR);

Que, a través del Oficio N° 3220-2019-GSF-OSITRAN, notificado el 11 de abril de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN (en adelante, GSF) notificó a TISUR la solicitud de emisión de Mandato de Acceso presentada por EMP, a efectos que remita la comunicación cursada entre las partes durante el proceso de negociación, de conformidad con lo dispuesto por el REMA;

Que, por medio de la Carta N° 039-2019-TISUR-GG, recibida el 17 de abril de 2019, TISUR remitió la información solicitada por el Regulador respecto al proceso de negociación y su propuesta de cargo de acceso por el uso de facilidades esenciales para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani;

Que, a través del Memorando N° 1156-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 15 de mayo de 2019, la GSF solicitó a la Gerencia General de OSITRAN una ampliación de plazo para la remisión del proyecto de Mandato de Acceso al Terminal Portuario de Matarani;

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/08/2019 12:06:44 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA
Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/08/2019 08:07:59 -0500

Visado por: SHERPANI
Humberto Luis FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/08/2019 12:07:46 -0500



Calle Los Negritos 102, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: 011-310-3100
www.ositran.pe



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante los Oficios N° 125-2019-GG-OSITRAN y 126-2019-GG-OSITRAN, ambos notificados el 20 de mayo del presente a TISUR y EMP, respectivamente, se comunicó la ampliación del plazo para la notificación del proyecto de Mandato de Acceso en quince (15) días hábiles adicionales;

Que, mediante Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN del 05 de junio de 2019, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe Conjunto N° 0072-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), y el proyecto de Mandato de Acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani, así como su notificación a las Partes, mediante Oficio N° 0095-2019-SCD-OSITRAN y Oficio N° 0099-2019-SCD-OSITRAN, con fechas 07 y 12 de junio de 2019, respectivamente;

Que, mediante Carta N° EMP-0083-19-GG, recibida por OSITRAN el 20 de junio de 2019, EMP refirió que no tiene comentarios u objeciones al proyecto de Mandato de Acceso;

Que, mediante Carta N° 058-2019/TISUR/GG, recibida por OSITRAN el 25 de junio de 2019, el Concesionario solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100° del REMA;

Que, mediante Oficio N° 5596-2019-GSF-OSITRAN, notificado a TISUR y EMP los días 26 y 27 de junio, respectivamente; se otorgó al Concesionario el plazo adicional de diez (10) días hábiles para la remisión de sus comentarios al proyecto de Mandato de Acceso;

Que, mediante Carta N° EMP-091-19-GG, recibida por OSITRAN el 04 de julio de 2019, EMP remitió comentarios respecto del plazo adicional otorgado a TISUR para su emisión de comentarios al proyecto de Mandato de Acceso;

Que, a través de Carta N° 060-2019/TISUR/GG, recibida por OSITRAN el 10 de julio de 2019, el Concesionario remitió comentarios al proyecto de Mandato de Acceso;

Que, con fecha 15 de agosto de 2019, la GAJ y la GSF remitieron a la Gerencia General el Informe Conjunto N° 0113-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) a través del cual emite opinión con relación a los comentarios efectuados por TISUR al proyecto de Mandato de Acceso correspondiente al Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani;

Que, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0113-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF), el cual analiza las observaciones presentadas por TISUR respecto del proyecto de Mandato de Acceso, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud a las funciones previstas en el numeral 4 del artículo 11° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, los incisos 2) y 8) del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 679-2019-CD-OSITRAN, de fecha 21 de agosto de 2019;

SE RESUELVE:Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 1.- Dictar Mandato de Acceso a Terminal Internacional del Sur S.A., en favor de Empresa Marítima del Perú S.A.C. para el uso de facilidades esenciales para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani; fijando las mismas condiciones de acceso que fueron comprendidas en el proyecto de Mandato de Acceso aprobado mediante Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN del 05 de junio de 2019.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0113-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF) que lo sustenta, a Terminal Internacional del Sur S.A., y a Empresa Marítima del Perú S.A.C., en su calidad de solicitante del Mandato de Acceso.

Artículo 3.- El Mandato de Acceso dictado mediante la presente Resolución, tendrá vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", encontrándose su publicación a cargo de la Entidad Prestadora, conforme a lo dispuesto por el artículo 102° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de uso público de OSITRAN, debiendo realizarse dicha publicación en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles luego de notificada la presente Resolución.

Artículo 4.- Disponer la difusión de la presente resolución, así como el informe de Vistos en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Artículo 5.- Encargar a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, que adopte las medidas necesarias para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

Regístrese y comuníquese,

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019066701



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



INFORME CONJUNTO N° 0113-2019-IC-OSITRAN
(GAJ-GSF)



Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Observaciones y Comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani.

Referencias : a) Carta N° EMP-0043-19-GG, recibida el 04.04.2019
b) Oficio N° 3220-2019-GSF-OSITRAN, remitida el 11.04.2019
c) Carta N° 039-2019-TISUR-GG, recibida el 17.04.2019
d) Oficio N° 125-2019-GG-OSITRAN, remitida el 20.05.2019
e) Oficio N° 126-2019-GG-OSITRAN, remitida el 20.05.2019
f) Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN, del 05.06.2019
g) Carta N° EMP-0083-19-GG, recibida el 20.06.2019
h) Carta N° 058-2019/TISUR/GG, recibida el 25.06.2019
i) Oficio N° 5596-2019-GSF-OSITRAN, remitido el 26.06.2019
j) Carta N° EMP-091-19-GG, recibida el 04.07.2019
k) Carta N° 060-2019/TISUR/GG, recibida el 10.07.2019

Fecha : 15 de agosto de 2019

I. OBJETO

1. El presente Informe tiene por objeto evaluar las observaciones y comentarios remitidos por la Empresa Marítima del Perú S.A.C. (en adelante, EMP) y la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., con relación al Proyecto de Mandato de Acceso para la prestación del Servicio esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani (en adelante, TPM).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 17 de agosto de 1999, el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente o MTC), y, por otra parte, la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A. (en adelante, el Concesionario o TISUR), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Resolución del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de setiembre de 2003, se aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y modificatorias (en adelante, REMA), el cual es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los usuarios intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales. De acuerdo al

Visado por: ALIAGA CALDERON
Carlos Ricardo FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/08/2019 17:24:52 -0500

Visado por: CORDOVA CHUQUIVAL
Boris Andre FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/08/2019 17:17:06 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/08/2019 16:43:50 -0500

Anexo 2 del REMA, el remolcaje es un Servicio Esencial (en adelante, el Servicio Esencial de Remolcaje).

4. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 025-2004-CD-OSITRAN del 25 de mayo de 2004, modificada por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 051-2004-CD-OSITRAN, N° 016-2006-CD-OSITRAN, N° 055-2006-CD-OSITRAN y N° 007-2013-CD-OSITRAN, del 20 de octubre de 2004, 22 de marzo de 2006, 22 de setiembre de 2006 y 15 de marzo de 2013, respectivamente; se aprobó el Reglamento de Acceso (REA) de TISUR.
5. Con fecha 03 de julio de 2018, mediante Carta N° EMP 0101-18 GG, EMP presentó ante TISUR, una solicitud de acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el TPM.
6. Sin embargo, el 25 de marzo de 2019, EMP remitió a TISUR una comunicación notarial en la cual manifestó poner fin al periodo de negociaciones al no haber podido arribar a un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato de acceso.
7. En tal sentido, mediante Carta N° EMP-0043-19-GG, recibida el 4 de abril de 2019, EMP solicitó a OSITRAN la emisión de un Mandato de Acceso al TPM para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje.
8. A través del Oficio N° 3220-2019-GSF-OSITRAN, notificado a TISUR el 11 de abril de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) del Regulador, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 98° del REMA, notificó al Concesionario la copia de la solicitud de emisión de Mandato de Acceso efectuada por EMP, a fin de que remita la documentación cursada durante la etapa de negociación directa entre las partes.
9. Con Carta N° 039-2019-TISUR-GG, recibida el 17 de abril de 2019, el Concesionario remitió las actas de negociación suscritas entre las partes y las condiciones de acceso propuestas.
10. A través del Memorando N° 1156-2019-GSF-OSITRAN, de fecha 15 de mayo de 2019, la GSF solicitó a la Gerencia General del OSITRAN una ampliación de plazo para la remisión del proyecto de Mandato de Acceso al TPM.
11. Mediante los Oficios N° 125-2019-GG-OSITRAN y 126-2019-GG-OSITRAN, ambos notificados el 20 de mayo del presente a TISUR y EMP, respectivamente, se comunicó la ampliación del plazo para la notificación del proyecto de Mandato de Acceso en quince (15) días hábiles adicionales.
12. Mediante Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN del 5 de junio de 2019, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe Conjunto N° 0072-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ), y el proyecto de Mandato de Acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el TPM, así como su notificación a las Partes, mediante Oficio N° 0095-2019-SCD-OSITRAN y Oficio N° 0099-2019-SCD-OSITRAN, con fecha 7 y 12 de junio de 2019, respectivamente.
13. Mediante Carta N° EMP-0083-19-GG, recibida por OSITRAN el 20 de junio de 2019, EMP refirió que no tiene comentarios u objeciones al proyecto de Mandato de Acceso.

14. Mediante Carta N° 058-2019/TISUR/GG, recibida por OSITRAN el 25 de junio de 2019, el Concesionario solicitó un plazo adicional de 10 días hábiles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100° del REMA.
15. Mediante Oficio N° 5596-2019-GSF-OSITRAN, notificado a TISUR y EMP los días 26 y 27 de junio, respectivamente; se otorgó al Concesionario el plazo adicional de 10 días hábiles para la remisión de sus comentarios al proyecto de Mandato de Acceso.
16. Mediante Carta N° EMP-091-19-GG, recibida por OSITRAN el 4 de julio de 2019, EMP remitió comentarios respecto del plazo adicional otorgado a TISUR.
17. Mediante Carta N° 060-2019/TISUR/GG, recibida por OSITRAN el 10 de julio de 2019, el Concesionario remitió comentarios al proyecto de Mandato de Acceso.

III. BASE LEGAL

18. El literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que uno de los objetivos de OSITRAN es *“Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas Concesionarios privados u operadores estatales (...)”*.
19. Por su parte, el literal p) del numeral 7.1 del artículo 7° de la precitada Ley, señala como una de las principales funciones de OSITRAN, el *“Cautelar el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.”*
20. El artículo 9° del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias; define el Principio de Libre Acceso, como uno de los Principios de Acción de OSITRAN, indicando que:

“La actuación de OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.”
21. El artículo 11° del REGO establece que, en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede dictar normas relacionadas con el acceso a la utilización de las facilidades esenciales a la Infraestructura.
22. Asimismo, el artículo 16° del REGO establece que la función reguladora es competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSITRAN. Al respecto, el numeral 1 del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, señala que el Consejo Directivo ejerce la función reguladora respecto de la infraestructura de transporte de uso público de competencia de OSITRAN, en tanto que el numeral 8 del citado artículo señala que es función del Consejo Directivo el emitir mandatos de acceso conforme a la normativa del OSITRAN en la materia.
23. En dicha línea, el artículo 11° del REMA establece que OSITRAN está facultado para ordenar el otorgamiento del derecho de Acceso o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de un acuerdo entre ellas:

“Artículo 11.- Obligatoriedad del Acceso.

El otorgamiento del derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales a los usuarios intermedios que lo soliciten, por parte de las Entidades Prestadoras, es obligatorio en los casos y supuestos previstos en el presente Reglamento. Esta obligatoriedad se deriva de la naturaleza de uso público de la infraestructura de transporte bajo la competencia de OSITRAN. Por ello, constituye condición esencial de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público que realizan las Entidades Prestadoras.

En tal virtud, OSITRAN está en la facultad de ordenar el otorgamiento del derecho de Acceso, o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de acuerdo entre ellas, de conformidad a lo establecido en el Artículo 43.”

(Subrayado agregado)

24. En ejercicio de la facultad antes citada, el artículo 43º del REMA establece que OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso, determinando, a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial del Contrato de Acceso. Los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes¹.
25. De igual manera, el artículo 44º del REMA establece que el Consejo Directivo de OSITRAN está facultado a emitir Mandatos de Acceso a solicitud del Usuario Intermedio, cuando las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos u otras condiciones de acceso².

IV. ANÁLISIS

26. Según lo señalado en el objeto del presente informe, se evaluarán los comentarios al Proyecto de Mandato de Acceso efectuados por EMP y el Concesionario.

a. Comentarios de EMP referidos a la prórroga para la emisión del Mandato de Acceso solicitada por TISUR

27. Mediante Carta N° EMP-0083-19-GG, recibida por OSITRAN el 20 de junio de 2019, EMP refirió que no tiene comentarios u objeciones al proyecto de Mandato de Acceso. No obstante, mediante Carta N° EMP-091-19-GG, recibida por OSITRAN el 04 de julio de 2019, dicha empresa cuestionó el propósito de la prórroga para la emisión del Mandato de Acceso, solicitada por TISUR mediante Carta N° 058-2019/TISUR/GG recibida el 25 de junio de 2019, dado que actualmente el REA de la mencionada empresa concesionaria se encuentra en proceso de modificación.
28. Al respecto, señala EMP, para efectos del procedimiento del Mandato de Acceso, que dicha modificación del REA del Concesionario no resulta relevante, toda vez que la evaluación de procedencia del mencionado Mandato se agota en la

¹ “Artículo 43.- Objeto del Mandato de Acceso.

OSITRAN podrá emitir Mandatos de Acceso en los supuestos previstos en el presente Reglamento, en virtud de las facultades que le confiere el literal c) del Artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores, y el Artículo 1 de la Ley N° 27631.

Por el Mandato de Acceso, OSITRAN determina a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora. Los términos del Mandato constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.

(...)”

² “Artículo 44.- Casos de emisión de un Mandato de Acceso.

El Consejo Directivo de OSITRAN está facultado a emitir Mandatos de Acceso, a solicitud del usuario intermedio, en los siguientes supuestos:

Cuando las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el Contrato de Acceso, en los plazos y formas establecidas.

(...)”

verificación del cumplimiento de aquellos requisitos que, a la fecha de la solicitud, se encuentren publicados y, por tanto, resulten obligatorios para cualquier usuario solicitante. En tal sentido, precisa que la procedencia de una solicitud de acceso dependerá, entre otros, de la acreditación del cumplimiento de los requisitos o condiciones establecidos en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora respectiva, el cual, conforme al artículo 49º del REMA, resulta obligatorio desde el día siguiente de su publicación.

29. Asimismo, señala que, dado lo irrelevante que resulta para efectos de la emisión de Mandato de Acceso el procedimiento de modificación del REA del Concesionario, el comportamiento de TISUR resultaría dilatorio, por lo que, asimismo solicita al Regulador proceder conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión y el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Evaluación de OSITRAN

30. El Concesionario sustentó su pedido de ampliación de plazo para remitir sus comentarios en que la emisión del Mandato de Acceso coincide con el análisis y aprobación de la modificación del Reglamento de Acceso que ha presentado ante OSITRAN, situación que -a consideración de TISUR- hace que la revisión del Proyecto de Mandato de Acceso se deba realizar de manera vinculada y concordada con los otros trámites que se están siguiendo con relación a dicho Mandato.
31. Al respecto, se debe indicar que el plazo adicional solicitado por TISUR se otorgó en virtud del artículo 100º del REMA, que establece que una vez notificado el Proyecto de Mandato de Acceso a las partes, éstas podrán expresar por escrito sus comentarios u objeciones dentro del plazo de 10 días, el cual podrá ser prorrogado, a petición del solicitante del mandato o de la Entidad Prestadora, hasta por 10 días adicionales.
32. En tal sentido, la prórroga del plazo se otorgó en atención al marco normativo señalado y sobre todo a efectos de que el Concesionario pueda remitir sus comentarios respecto del proyecto de mandato del Regulador. No obstante, en el presente Informe y teniendo en consideración los comentarios de las partes, procederá a analizarse si para efectos de la emisión del mandato es necesario que el procedimiento de modificación del REA de TISUR concluya primero.
33. Sobre ello, el procedimiento de modificación del REA de TISUR se inició el 8 de abril de 2019 con la presentación del Reglamento por parte del Concesionario, encontrándose a la fecha en etapa de evaluación de comentarios.
34. Si bien los Reglamentos de Acceso, conforme al artículo 13º del REMA³, contienen las reglas para el acceso a una facilidad esencial, no debe perderse de vista que de acuerdo con el artículo 49º del REMA, dichos Reglamentos, una vez aprobados

³ Artículo 13.- *Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.*

Cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Este Reglamento debe incorporar el contenido mínimo que se precisa en el siguiente artículo.

El procedimiento para la aprobación del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora por parte de OSITRAN, se encuentra detallado en el Capítulo 1 del Título III del presente Reglamento.

El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora y las modificaciones al mismo que no cuenten con la aprobación de OSITRAN, se considerarán nulos, y en consecuencia, no tendrán efecto legal alguno. La falta de aprobación del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora no condiciona en modo alguno la aplicación del presente Reglamento”.

por el Consejo Directivo, deben ser publicados en el Diario Oficial El Peruano, siendo obligatorios desde el día siguiente de su publicación.⁴

35. Por lo tanto, advertimos que no es necesario condicionar la emisión del mandato de acceso a la aprobación del nuevo REA de TISUR.

b. Comentarios del Concesionario al proyecto de Mandato de Acceso, la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG, y la alegada necesidad de suspender el procedimiento de emisión de Mandato de Acceso.

36. Mediante Carta N° 060-2019/TISUR/GG del 10 de julio de 2019 (en adelante, Carta 060), el Concesionario remitió sus comentarios al proyecto de Mandato de Acceso, y señaló la necesidad de suspender el procedimiento de emisión de dicho mandato en los aspectos técnicos relacionados con la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG⁵.

37. En la Sección I “*Introducción – Antecedentes*” de la Carta 060, respecto de la aprobación del Estudio de Maniobras del Muelle Marginal del Terminal Portuario de Matarani, TISUR señaló lo siguiente:

- La Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú (en adelante, la DICAPI) siempre estuvo informada que la solicitud de aprobación del Estudio de Maniobras del Muelle Marginal estaba referida principalmente a la máxima eslora de los remolcadores en el TPM.
- La DICAPI habría incumplido el artículo 213° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) al no conceder el plazo establecido por la norma que TISUR ejerza su derecho de defensa, por lo cual la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG sería nula.

38. Por otra parte, en la Sección II “*Sobre la situación sui generis en la que se encuentra el presente procedimiento*” de la Carta 060, TISUR señaló lo siguiente:

- De acuerdo con el procedimiento de modificación del REA, TISUR se encuentra obligado a dar cumplimiento a las normas que regulan la actividad portuaria.
- Que el procedimiento de Mandato de Acceso se encuentra enmarcado en una serie de cuestionamientos, entre los que se encuentra un procedimiento en el Poder Judicial de discusión de validez de una Resolución del Tribunal de Solución de Controversias (TSC) de OSITRAN y de la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG.

39. En línea con lo anterior, TISUR sostiene que existen disposiciones normativas emitidas tanto por OSITRAN, la Autoridad Portuaria Nacional y la DICAPI que, en su calidad de Concesionario está obligado a dar cumplimiento, y que de proseguir con el trámite del procedimiento de Mandato de Acceso se les estaría obligando a incumplir las Leyes Aplicables.

⁴ “Artículo 49.- *Difusión del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.*

El Regulador deberá publicar tanto la Resolución aprobatoria como el contenido del Reglamento de Acceso o su modificación en el diario oficial “El Peruano”, siendo dicho cuerpo normativo obligatorio a partir del día siguiente de su publicación. La Entidad Prestadora y OSITRAN deberán difundir en sus respectivas páginas web el contenido del Reglamento de Acceso aprobado, o su modificación, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.”

⁵ La Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG que declaró la nulidad de oficio de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG, modificada por la Resolución Directoral N° 0690-2018-MGP/DGCG, que aprobó el Estudio de Maniobras del TPM.

40. En la Sección III “*Sobre la imperiosa necesidad de suspender el presente procedimiento y las facultades del OSITRAN*” de la Carta 060, TISUR señaló que de acuerdo con el artículo 81º del REGO, OSITRAN tiene el deber de suspender la continuidad del procedimiento administrativo relacionado con la solicitud de emisión de mandato de acceso presentado por EMP, toda vez que el 25 de febrero de 2019, TISUR presentó una demanda contencioso administrativa solicitando la nulidad de resolución emitida por el TSC el 28 de noviembre de 2018 dentro del Expediente N° 175-2018-TSC-OSITRAN. Dicha fecha de presentación de la demanda es anterior a la presentación por parte del Usuario Intermedio de la solicitud de emisión de Mandato de Acceso (4 de abril de 2019).
41. Adicionalmente, TISUR sostiene que al encontrarse aun en trámite la aprobación de la propuesta de modificación del REA de TISUR, la emisión del Mandato de Acceso solicitado por EMP debe ser suspendida.
42. TISUR también alegó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 79º del REGO, los órganos de OSITRAN podrán dictar medidas cautelares para evitar que un daño se torne en irreparable, teniendo como requisito para la emisión de dicha medida cautelar en sede administrativa, la existencia de verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño.
43. Finalmente, TISUR formuló observaciones respecto del Informe N° 0072-2019-IC-OSITRAN (GSF-GAJ) (en adelante, Informe 0072) y del proyecto de Mandato de Acceso remitido por OSITRAN adjunto al Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN del 5 de junio de 2019, las cuales se resumen a continuación:
 - a) Según la comunicación del 26 de abril de 2019 remitida por TISUR, EMP no cuenta con dos remolcadores para la prestación del servicio esencial al haberse retirado del mar territorial uno de dichos remolcadores, razón por la cual no cumple con el número mínimo de remolcadores por maniobra de acuerdo con lo establecido en el Estudio de Maniobras aprobado por la DICAPI y no puede otorgarse un Mandato de Acceso a un usuario intermedio que no cumple con las normas técnicas que regulan el puerto.
 - b) La declaración de nulidad efectuada por la DICAPI de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG es, a su vez, nula de pleno derecho y no puede ser opuesta válidamente a TISUR. Consecuentemente, no es posible que OSITRAN emita un mandato de acceso que tenga por objeto que TISUR en su calidad de Concesionario del TPM, incumpla las Leyes Aplicables.
 - c) El numeral 17 del Informe 0072 señala las atribuciones del OSITRAN, pero lo más importante es que estas atribuciones se ejerzan en concordancia con las Leyes Aplicables, ya que de lo contrario el resultado, en aplicación de las normas procedimentales del derecho administrativo, es la afectación de nulidad absoluta de los actos administrativos que se emitan contrariando normas legales, según lo establecido en el artículo 10º, inciso 1 del TUO de la LPAG.
 - d) El numeral 30 del Informe 0072 deja constancia que el procedimiento que debe seguirse para la aprobación del Mandato de Acceso, según consta en el Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN, no se ha cumplido, lo cual afecta de nulidad formal a dicho procedimiento.
 - e) El literal b del numeral 33 del Informe 0072 señala que el solicitante de Acceso debe acreditar y adjuntar a su solicitud los acuerdos y desacuerdos a los que

se llegaron o no en la etapa de negociación directa. Sin embargo, tal como consta en las actas que se han hecho llegar a OSITRAN, no se ha dejado constancia de la existencia de acuerdos o desacuerdos y; por otro lado, de acuerdo con la Carta N° 039-2019-TISUR/GG, el desacuerdo fundamental entre las partes fue la necesidad de asegurar las mejores condiciones técnicas de la prestación del servicio de remolcaje y la necesidad que dicho servicio sea brindado en condiciones de eficiencia para las empresas navieras y seguridad para la infraestructura portuaria bajo la administración de TISUR.

- f) El numeral 35 del Informe 0072 llega a una conclusión que no fluye de lo señalado por ambas partes en el sentido de que el único desacuerdo fue el relativo al literal g) de la Cláusula Novena del proyecto de Contrato de Acceso. Esta afirmación no fluye del expediente y la Carta N° 039-2019-TISUR/GG.
- g) El numeral 40 del Informe 0072 se encuentra vinculado a lo señalado en el literal a) previamente referido, sobre la necesidad que el solicitante de acceso cuente con dos remolcadores, que es sustento de la exigencia contenida en el literal g) de la Cláusula Novena del proyecto de Contrato de Acceso, por la cual se solicitó la garantía a EMP del tercer remolcador, que dicha nave cumpliera con las características del REA y que tuviera la capacidad de posicionarse en Matarani en un plazo de 24 horas de surgir algún contratiempo con los remolcadores presentados. Asimismo, se señala que otros usuarios intermedios del TPM cumplen con esta exigencia (literal g) de la Cláusula Novena), por lo que no implicaría una afectación al principio de no discriminación reconocido por las Leyes Aplicables y el Contrato de Concesión.
- h) Lo señalado en la Cláusula Segunda del proyecto de Mandato de Acceso carecería de contenido ya que obligaría a TISUR a desacatar normas legales vigentes, lo cual es un imposible jurídico, y que dicho imposible estaría siendo causado por el Regulador, contrariando sus atribuciones y obligaciones legales.
- i) Señala que el tercer párrafo de la Cláusula Quinta no se ajusta al ordenamiento legal. De acuerdo con el artículo 1242° del Código Civil, los intereses son compensatorios y moratorios, siendo los primeros los que remuneran el uso del dinero mientras que los moratorios tienen la finalidad de indemnizar la mora del pago.
- j) En la Cláusula Sexta, sobre la vigencia del acceso, se debe tener en cuenta que, existiendo procesos y procedimientos en trámite que afectan la legalidad de derecho de acceso, no puede otorgarse una vigencia sino condicionada a una cláusula resolutoria expresa, de tal manera que el acceso quedará sin efecto en el caso que así lo dispongan las autoridades judiciales competentes, las cuales deben pronunciarse sobre el derecho que tiene el solicitante de acceso. TISUR solicita que, en caso se persista en la solicitud del mandato de acceso, se incluya una condición resolutoria como la indicada.
- k) TISUR sostiene que, en el caso del segundo párrafo de la Cláusula Séptima del proyecto de Mandato de Acceso, el reiterado incumplimiento del usuario intermedio deber ser una causal de resolución expresa, por lo que considera que una reincidencia del usuario intermedio en el incumplimiento de sus obligaciones no amerita solo una notificación y mucho menos un derecho de subsanación.

- l) La Cláusula Octava en sus literales b), c) y d) son contrarias a las disposiciones legales vigentes como es el caso de la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG y la Resolución de Acuerdo de Directorio N° 008-2011-APN/DIR.
- m) La Cláusula Novena, en sus incisos a) y e) carecen de sentido debido a que existen Leyes Aplicables relativas a la seguridad contenidas en la Resolución Directoral N° 0443-2018-MGP/DGCG y la Resolución de Acuerdo de Directorio N° 008-2011-APN/DIR.
- n) La Cláusula Décima debería liberar a TISUR de la responsabilidad de incumplir las recomendaciones del Estudio de Maniobras debido a la emisión del Mandato de Acceso por OSITRAN; y que se debe asignar íntegramente la responsabilidad por accidentes, ya sea personales o materiales, al usuario intermedio, no teniendo TISUR porqué afrontar una responsabilidad que surgiría de la actuación de entidades como el TSC de OSITRAN y la Autoridad Marítima.
- o) La Cláusula Décimo Segunda establece una norma que no se condice con el ordenamiento legal que debe ser corregida; debido a que el artículo 24º del REMA no establece de manera alguna la posibilidad que un usuario intermedio pueda realizar cambios en la infraestructura portuaria, ya que ello es atribución exclusiva del Concesionario.
- p) La Cláusula Décimo Tercera desconoce que no todas las condiciones comerciales que se puedan otorgar a determinados usuarios del puerto deben ser trasladadas a los otros usuarios, ya que éstas pueden deberse a condiciones que objetivamente no son aplicables a todos los usuarios. Las decisiones discriminatorias sólo se dan cuando se tratan de manera desigual a los iguales, siendo que no existe tal trato discriminatorio cuando se trata de manera desigual a usuarios desiguales. En este sentido, debe señalarse en este caso que se aplicarán las mismas condiciones beneficiosas cuando no hacerlo implique un trato discriminatorio.
- q) Las Cláusulas Décimo Quinta y Décimo Sexta no se condicen con la obligación que tiene TISUR como concesionario del TPM, de prestar servicios todo el año las 24 horas del día, con lo cual el otorgar plazos de subsanación puede afectar la obligación del Concesionario asumida en virtud del Contrato de Concesión. TISUR solicita que se refuerce la redacción permitiendo al Concesionario resolver de pleno derecho el mandato de acceso ante cualquier incumplimiento del usuario intermedio o, en todo caso, se otorguen plazos muy cortos de subsanación que no superen las 24 horas.
- r) El derecho de resolver en forma unilateral el Contrato de Acceso que se le concede al usuario intermedio no puede ser ejercida en los términos previstos en la Cláusula Décimo Sexta debido a que para la separación de la empresa que brinda el Servicio Esencial de Remolcaje debe darse un preaviso con un plazo razonable.
- s) En la Cláusula Décimo Novena se debe establecer una cláusula arbitral de tal manera que cualquier controversia que deba ser vista fuera de las vías establecidas en las normas regulatorias debe ser sometida a un arbitraje.

Evaluación de OSITRAN

44. La evaluación del Regulador se organizará para un mejor entendimiento en tres categorías:
- i). Vigencia de la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG.
 - ii). Suspensión del procedimiento de Mandato de Acceso.
 - iii). Sobre los comentarios al proyecto de Mandato de Acceso remitido a las partes.

i) Vigencia de la Resolución Directoral N° 0430-2019-MGP/DGCG

45. Mediante comunicación del 02 de julio de 2019, la Marina de Guerra del Perú notificó a OSITRAN la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG del 27 de junio de 2019.
46. La mencionada Resolución Directoral resolvió, entre otros aspectos: (1) declarar la nulidad de oficio de las Resoluciones Directorales N° 0443-2018-MGP/DGCG y N° 0690-2018-MGP/DGCG, (2) aprobar el estudio de maniobras del TPM, muelle marginal, el cual como anexo forma parte de la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG y no debe considerar cualquier mención a la eslora de remolcadores en el referido estudio de maniobras, y (3) las maniobras de atraque y desatraque a efectuarse en el TPM, muelle marginal, se encuentran sujetas a los lineamientos y precauciones de seguridad indicados en el estudio de maniobras aprobado por la Autoridad Marítima Nacional en los aspectos cuya evaluación se encuentre expresamente previsto en la Resolución Directoral N° 1314-2016-MGP/DGCG⁶.
47. En cuanto a la vigencia de la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG, sin perjuicio de las acciones legales que emprenda TISUR en defensa de sus intereses respecto de la validez de la norma emitida por la DICAPI; en lo que respecta a OSITRAN, es aplicable lo establecido en el artículo 50° del TUO de la LPAG, no estando en su competencia cuestionar la validez de un acto administrativo, como lo es la mencionada Resolución Directoral, emitida por la autoridad competente en el marco del procedimiento administrativo para la aprobación del estudio de maniobras:

“Artículo N° 50.- Validez de actos administrativos de otras entidades y suspensión del procedimiento

Salvo norma especial, en la tramitación de procedimientos administrativos las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos administrativos a su cargo. Tampoco pueden suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de resoluciones o información provenientes de otra entidad.”

48. Asimismo, es importante tomar en cuenta que el artículo 9° del TUO de la LPAG establece lo siguiente:

“Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”.

⁶ Resolución Directoral N° 1314-2016-MGP/DGCG “Aprueban procedimientos y exigencias técnicas para la elaboración, tramitación y aprobación de los estudios de maniobras que efectúa una nave para ingresar, permanecer y salir de una instalación acuática”.

49. Por lo expuesto, la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para OSITRAN en los aspectos relacionados con los requerimientos de acceso en lo que sea aplicable.

ii) Respecto a la suspensión del procedimiento de Mandato de Acceso.

50. De acuerdo con la posición del Concesionario, OSITRAN estaría obligado (de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 81° del REGO) a suspender la tramitación de cualquier procedimiento administrativo (en este caso, el procedimiento de emisión de Mandato de Acceso), cuando con anterioridad al inicio de dicho procedimiento se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del órgano de OSITRAN correspondiente, precise de un procedimiento previo del Poder Judicial.

51. Al respecto, el proceso judicial a que hace referencia el Concesionario es el que se tramita con Expediente N° 02625-2019-0-1801-JR-CA-06, en el que el ciudadano Francisco Antonio Caballero Bamberger demanda la nulidad de la Resolución N° 1 del Expediente N° 175-2018-TSC-OSITRAN del 28 de noviembre de 2018. Dicha demanda de nulidad se sustenta en que la resolución del TSC, al ordenar que se prosiga con el procedimiento de negociación de Acceso solicitado por EMP, amenaza con vulnerar el medio ambiente, razón por la cual dicha resolución administrativa es nula, al amparo del artículo 14° del TUO de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnera o amenace un interés difuso.

52. Sobre el particular, consideramos que en el presente caso no se amerita la aplicación del artículo 81° del REGO de OSITRAN y por ende la suspensión del presente procedimiento, debido a lo siguiente:

- La Resolución N° 1 del Expediente N° 175-2018-TSC-OSITRAN fue emitida en ejercicio de la función de Solución de Controversias de OSITRAN, mientras que el presente procedimiento versa sobre el ejercicio de función normativa prevista en el literal b), numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de Organismos Reguladores⁷, concordada con el artículo 11° del REGO⁸.

⁷ "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".

⁸ "Artículo 11.- Función Normativa

El OSITRAN dicta dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos pueden definir los derechos y obligaciones de las Entidades Prestadoras, las actividades supervisadas o los Usuarios.

La función normativa comprende, a su vez, lo siguiente:

(...)

3. Dictar mandatos, u otras disposiciones de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o actividades supervisadas o de sus Usuarios.

4. Determinar, mediante la aprobación de un Mandato de Acceso, a falta de acuerdo entre las partes, el contenido íntegro o parcial de un Contrato de Acceso o la manifestación de voluntad para celebrarlo por parte de la Entidad Prestadora, siendo que los términos del mismo constituyen o se integran al Contrato de Acceso en lo que sean pertinentes.

5. Establecer, aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas y procedimientos que regulan el derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales de los usuarios intermedios, estableciendo los criterios técnicos, económicos y legales correspondientes, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse los Contratos de Acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración. Del mismo modo, aprobar los Mandatos de Acceso y demás pronunciamientos sobre el Acceso a las Facilidades Esenciales relativos al debido cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos".

- El proceso judicial antes mencionado ha sido incoado por Francisco Antonio Caballero Bamberger a título individual, quien no resulta parte del presente procedimiento de Mandato de Acceso.
- Si bien en el referido proceso judicial se demanda la nulidad de la Resolución N° 1 del Expediente N° 175-2018-TSC-OSITRAN debido a que el TSC ha aplicado la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG lo cual, a decir del demandante, podría poner en riesgo aspectos medioambientales; lo cierto es que, en un procedimiento de emisión de mandato OSITRAN realiza dicha actuación tomando en consideración la normativa sectorial vigente, entre ellas, la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG, la cual, como se ha indicado precedentemente, ostenta presunción de legalidad y no puede ser inaplicada unilateralmente por OSITRAN.
- Asimismo, el Concesionario ha indicado en sus comentarios que estaría cuestionando la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG en otro proceso judicial; no obstante, lo cierto es que, independientemente que para el presente caso dicha Resolución Directoral sea determinante o no para otorgar el acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje, no se ha presentado documentación alguna que acredite la interposición de una demanda judicial contra la misma, así como alguna medida cautelar que suspenda los efectos de dicha norma.
- De la lectura de la Carta 060, se aprecia que cuando el Concesionario se encontraba negociando con EMP, y cuando dio respuesta a la solicitud de Mandato de Acceso, la demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 1 del Expediente N° 175-2018-TSC-OSITRAN ya había sido presentada, sin que el Concesionario advirtiese de su existencia.

53. En tal sentido, este Regulador manifiesta que no existen razones que justifiquen que el presente procedimiento de emisión de Mandato de Acceso deba suspenderse.

iii) Sobre los comentarios remitidos por TISUR al proyecto de Mandato de Acceso.

54. En cuanto a los comentarios remitidos por TISUR en su Carta 060 respecto del proyecto de Mandato de Acceso, es de señalar que, el Concesionario remite comentarios no sólo del literal g) de la cláusula novena que no fue considerado por el Regulador en el proyecto de Mandato de Acceso, sino también emite comentarios de otras cláusulas: segunda, quinta, sexta, séptima, octava, novena literales a) y e), décima, décimo segunda, décimo tercera, décimo quinta, décimo sexta y décimo novena.

55. Al respecto, se debe indicar que con fecha 11 de abril de 2019, OSITRAN en cumplimiento del artículo 98° del REMA⁹, remitió al Concesionario la solicitud de acceso presentada por EMP¹⁰, la cual anexó las actas de negociación de las

⁹ Artículo 98.- *Notificación de la emisión de Mandato de Acceso a la Entidad Prestadora. OSITRAN notificará a la Entidad Prestadora la solicitud de Mandato de Acceso presentada por el Usuario Intermedio, - dentro del plazo de cinco (05) días de haber recibido dicha solicitud, a fin de que ésta remita a OSITRAN la documentación que cursó al usuario durante la etapa de negociación, dentro de un plazo máximo de cinco (5) días de efectuado el requerimiento. La Entidad Prestadora deberá incluir, dentro de la información solicitada por OSITRAN, sus condiciones de acceso, el cargo de acceso que propone, así como las condiciones de aplicación correspondiente, que consten en las actas de negociación. Dicha información deberá incluir el sustento correspondiente. El incumplimiento de esta obligación por parte de la Entidad Prestadora se considerará una infracción, y por tanto, estará sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.*

¹⁰ Remitida a OSITRAN mediante Carta 0043-19-GG.

partes, así como el proyecto de Contrato de Acceso que fue proporcionado por TISUR a EMP en el marco de las negociaciones para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje.

56. Al respecto, EMP señaló en su Solicitud de Mandato que no se pudo llegar a un acuerdo con el Concesionario únicamente en relación al literal g) de la Cláusula Novena del Proyecto de Contrato de Acceso, referida a las obligaciones del usuario intermedio de garantizar que en caso de desperfecto en alguno o ambos remolcadores, este(os) será(n) suplido(s) dentro de las 24 horas de efectuado el requerimiento, con remolcadores de similares características a los presentados por EMP para operar en el TPM:

*PROYECTO DE CONTRATO DE ACCESO DE REMOLCAJE
CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL USUARIO INTERMEDIO*

(...)

g) Garantizar que cualquier desperfecto en alguno o ambos remolcadores será suplido dentro de las 24 horas de efectuado el requerimiento, con remolcadores de similares características a los presentados para operar en este contrato. El usuario intermedio presentará una relación de remolcadores que podrán estar a disposición de esta situación.”

57. En esa línea, EMP señaló en su Solicitud de Mandato¹¹ que se encuentra en contra de la obligación contenida en el literal g) de la Cláusula Novena del Proyecto de Contrato de Acceso, por cuanto no se encuentra prevista en el REMA ni en el REA del Concesionario. Asimismo, indicó que dicha exigencia no se aplica a otro Usuario Intermedio, como se aprecia a continuación:

SOLICITUD DE MANDATO DE ACCESO DE EMP

(...)

Como podrá advertirse, el proyecto de Contrato de Acceso obliga a EMP a tener a disposición, en caso de cualquier desperfecto, remolcadores de repuesto distintos de aquellos destinados a prestar el servicio de Remolcaje, exigencia con la cual discrepamos, puesto que:

- (i). No se encuentra prevista de manera expresa ni en el REMA ni en el REAC.*
- (ii). No ha sido exigida a otros Usuarios Intermedios, como es el caso de Trabajos Marítimos Portuarios S.A. – TRAMARSA, cuyo Contrato de Acceso para la prestación del servicio de Remolcaje, el cual adjuntamos en calidad de ANEXO N° 6, no prevé esta obligación; constituyéndose una clara afectación al principio de no discriminación previsto en los artículos 8° y 16° del REMA.*

(...)”

58. Cabe indicar que, en virtud del referido artículo 98° del REMA, luego de haberse remitido la solicitud de mandato al Concesionario, éste mediante Carta N° 039-2019-TISUR/GG remitió las actas de negociación con EMP, y las condiciones de acceso propuestas, precisando únicamente el monto del cargo de acceso aplicable a la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje.
59. En tal sentido, se concluye de lo antes expuesto, que TISUR, antes de la emisión del proyecto de Mandato de Acceso, y teniendo la posibilidad para hacerlo, no se pronunció dentro del plazo otorgado por el artículo 98° del REMA sobre la existencia de alguna discrepancia distinta a la señalada por EMP en su solicitud de emisión de Mandato de Acceso (literal g) de la cláusula novena del proyecto de Contrato de Acceso).

¹¹ Remitida mediante Carta N° EMP-0043-19-GG.

60. En relación a ello, la posibilidad de cuestionar en esta etapa del procedimiento los aspectos distintos a los de la etapa de negociación, ha precluido. Sobre el particular, es preciso tener en consideración lo indicado en el numeral 4 del artículo 151º del TUO de la LPAG, el cual señala que el vencimiento de los plazos administrativos en casos donde existen dos o más administrados con intereses divergentes será preclusivo, y deberá asegurársele tratamiento paritario, por lo que, en aras de que OSITRAN ejerza un rol imparcial entre las partes, no corresponde que los comentarios u objeciones presentados fuera de plazo y fuera de la etapa de negociación sean evaluados en el marco del presente procedimiento.
61. En esa línea, es necesario tener presente que, de acuerdo con el artículo 45º del REMA, el Mandato de Acceso debe recoger los términos acordados en el proceso de negociación de los Contratos de Acceso y la determinación de OSITRAN sobre las otras condiciones no acordadas¹².
62. Por lo antes expuesto, se debe indicar que en esta etapa el Regulador sólo puede analizar los comentarios presentados por las Partes, que estén vinculados con aspectos en los que no haya existido acuerdo y que fueron materia de la emisión del proyecto de Mandato de Acceso, lo que para el presente caso es el literal g) de la cláusula novena del proyecto de Contrato de Acceso que no fue incluido en el proyecto de Mandato de Acceso, no siendo posible pronunciarse sobre otras cláusulas. En tal sentido, no corresponde analizar los comentarios del Concesionario vertidos respecto de las siguientes cláusulas del proyecto de mandato: segunda, quinta, sexta, séptima, octava, novena literales a) y e), décima, décimo segunda, décimo tercera, décimo quinta, décimo sexta y décimo novena.
63. Dicho ello, en torno al literal g) de la cláusula novena del proyecto de Contrato de Acceso propuesto por TISUR y que no fue aceptado por el Regulador, el Concesionario señala que de no incorporarse una regla como la contenida en dicho literal conllevaría a incumplir las Leyes Aplicables del Contrato de Concesión y atentaría contra normas sectoriales de seguridad y le podría implicar responsabilidad. En esa línea, para el Concesionario, la disposición aplicable sería la Resolución Directoral N° 443-2018-MGP/DGCG y sus modificatorias, mas no la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG, que declaró nula la primera.
64. Al respecto, debe indicarse que la cláusula que no fue aceptada por OSITRAN regula una situación de contingencia operativa en la cual uno o dos remolcadores no estén disponibles para el servicio por desperfectos técnicos u otros motivos, exigiendo TISUR que frente a ello el usuario intermedio presente una lista de remolcadores de similares características que estarían a disponibilidad en un plazo de 24 horas desde el respectivo requerimiento.
65. Sobre ello, debe indicarse que ni el Estudio de Maniobras aprobado por la DICAPI a través de la Resolución Directoral N° 430-2019-MGP/DGCG ni el anterior a este aprobado por Resolución Directoral N° 443-2018-MGP/DGCG regulan aspectos de contingencia operativa (fallas) de los remolcadores en los cuales deba reemplazarse uno o dos de éstos, sino la seguridad de las maniobras de atraque y desatraque de las naves que recalcan en el terminal. En tal sentido, el Estudio de Maniobras no es un sustento de la propuesta contenida en el literal g) de la cláusula novena del proyecto de contrato de acceso.

¹² "Artículo 45.- Contenido del Mandato de Acceso.

El Mandato de Acceso recogerá los términos acordados en el proceso de negociación de los Contratos de Acceso y la determinación de OSITRAN sobre las otras condiciones no acordadas. En los casos de subasta, el Mandato de Acceso contendrá los términos señalados en las bases de este proceso".

66. Finalmente, es importante indicar que el Concesionario no ha brindado argumentos de orden operativo o comercial que sustenten su propuesta. Sin embargo, si se aprobase la propuesta del Concesionario, el usuario intermedio que desee lograr el acceso estaría obligado a contar con más de dos remolcadores, de los cuales, por lo menos uno adicional a los dos necesarios para realizar maniobras en el TPM debe encontrarse a disponibilidad del servicio. La imposición de esta obligación se considera que no es razonable por lo siguiente:
- El Estudio de Maniobras vigente no exige que una empresa de remolcaje que preste el servicio en el Muelle Marginal del TPM cuente con al menos tres remolcadores.
 - Como se indicó en el Informe 0072 que aprobó el Proyecto de Mandato de Acceso, para el caso del usuario intermedio TRAMARSA que tiene contrato para el mismo servicio y cuya Adenda 10 tiene vigencia hasta el 28 de febrero del 2020, el Concesionario no exige una disposición como la que busca que EMP cumpla, por lo cual, imponer dicha disposición a EMP conllevaría a un trato discriminatorio.
 - Si bien es cierto que en la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje pueden presentarse contingencias imputables al usuario intermedio o derivadas de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, el Concesionario no ha acreditado que, para hacer frente a dichas contingencias, la exigencia menos gravosa para el usuario intermedio sea la de contar con al menos un remolcador de retén a disponibilidad para el servicio en TPM en un plazo de 24 horas.
 - Asimismo, debe tenerse presente que en el mismo proyecto de Mandato de Acceso en el literal c) de su cláusula novena ya garantiza la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje de manera continua, salvo la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor que de acuerdo con el Código Civil, es una causal de ruptura de nexo causal en materia de responsabilidad civil. El citado literal es acorde con el Contrato Tipo de Acceso al Servicio de Remolcaje aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2005-CD-OSITRAN.
 - De igual forma, es necesario precisar que la inclusión del mencionado literal g) de la cláusula novena, representa un posible perjuicio para el usuario intermedio que desee prestar el servicio esencial bajo dicha condición, toda vez que, ante la imposibilidad de asumir dicho compromiso tal como se ha indicado en los numerales precedentes, podría incurrir en reiterados incumplimientos del Contrato de Acceso, los que acarrearían suspensiones del acceso a la facilidad esencial para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje.

V. CONCLUSIONES

1. La Empresa Marítima del Perú S.A.C. solicitó la emisión de un Mandato de Acceso para la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje en el Terminal Portuario de Matarani, administrado por la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A.
2. En el presente Informe se han evaluado las observaciones y comentarios remitidos por las Partes referidos a la cláusula del proyecto de Contrato de Acceso en la cual ambos estuvieron en desacuerdo (cláusula novena literal g) y que no fue incluida en el proyecto de Mandato de Acceso.

3. Todos los aspectos no materia de controversia entre las Partes, que no fueron observados oportunamente por éstas, fueron trasladados del proyecto de contrato de acceso negociado entre TISUR y EMP al proyecto de Mandato de Acceso.
4. Asimismo, al no encontrarse razones que justifiquen la inclusión del literal g) de la Cláusula Novena del proyecto de contrato de acceso, consideramos que debe mantenerse el proyecto de mandato aprobado mediante Acuerdo N° 2190-672-19-CD-OSITRAN.
5. De acuerdo con el procedimiento establecido en el REMA, corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN aprobar el Mandato de Acceso solicitado por EMP.
6. En cumplimiento del artículo 102° del REMA, TISUR deberá publicar en el Diario Oficial “El Peruano” el Mandato de Acceso en el plazo otorgado por la resolución aprobatoria. Por su parte, OSITRAN deberá publicar el Mandato de Acceso en su página web institucional.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda que el Consejo Directivo apruebe el presente informe y proceda a expedir el Mandato de Acceso solicitado por EMP, con el propósito que acceda al Terminal Portuario de Matarani para efectuar la prestación del Servicio Esencial de Remolcaje, en los términos descritos en el Anexo adjunto, que recoge las consideraciones contenidas en el presente informe.

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

ANEXO 1 - Mandato de Acceso EMP

NT 2019064893