



**“LA NECESIDAD DE REGULAR LOS PUERTOS PRIVADOS QUE  
PRESTEN SERVICIOS PÚBLICOS”**

**Trabajo de Investigación presentado  
para optar al Grado Académico de  
Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos**

**Presentado por**

**Sra. Claudia Viviana Ausejo Torres**

**Sr. Klaus Herbert Bürger Bopst**

**Asesor: Profesor José Luis Bonifaz**

**2018**

### **Dedicatoria**

Dedicado a todos los que nos han apoyado en esta travesía: amigos, colegas, profesores y, sobre todo, a los miembros de nuestras familias que están aún con nosotros y a los que ya no lo están.

Claudia y Klaus

Un especial agradecimiento a Carlos por su paciencia, comprensión y amor incondicional.

Claudia

## **Resumen ejecutivo**

Actualmente, la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) y su Reglamento (RLSPN) contemplan dos modalidades de inversión privada en infraestructura portuaria para la atención de carga de terceros. La primera se encuentra dentro del régimen de asociaciones público privadas y en el Perú únicamente se ha presentado a través de la figura de las concesiones. La segunda modalidad se refiere al régimen de autorizaciones administrativas y se ha presentado en el Perú esencialmente para la implementación de puertos privados de uso privado. Estas modalidades se diferencian básicamente en: los requisitos necesarios para obtener el título habilitante (contrato de concesión vs. licencia portuaria); las obligaciones que asume el operador portuario frente al Estado peruano; el régimen de penalidades/sancionador al que se sujetan; y las inversiones que se encuentran obligados a efectuar.

Ahora bien, las autorizaciones administrativas permiten que el puerto privado de uso privado pueda atender carga de terceros no vinculados hasta un 75% de la carga movilizada en el terminal. Esto significa que mientras se encuentre por debajo de dicho porcentaje el puerto privado de uso “privado” mantendrá la calidad de privado. Dicho en otras palabras, aun cuando más de tres cuartos de la carga movilizada no sea carga propia y aun cuando en la práctica el terminal esté dedicado a prestar servicios a terceros, éste podrá continuar operando bajo un régimen previsto para terminales cuya finalidad es ocupar un rol en su propia cadena productiva (y no aquel que ocupa en la realidad).

Es por ello que en este trabajo hemos evaluado si los servicios portuarios que los administradores portuarios de puertos de titularidad y uso privado prestan a terceros no vinculados son o deben ser considerados servicios públicos. Asimismo, resulta importante analizar la conveniencia de regulación en estos casos ya que, de no haber competencia, podría presentarse un supuesto de abuso de posición de dominio por parte del titular de la infraestructura. Asimismo, hemos cuestionado la conveniencia de permitir la prestación de servicios a terceros no vinculados y de ser el caso, el momento a partir del cuál dichos servicios ameritan ser regulados.

Para tales efectos, hemos recurrido tanto a la revisión exhaustiva de la normativa portuaria nacional y del régimen de asociaciones público privadas, como a la doctrina nacional y extranjera en materia portuaria y de regulación de servicios públicos. De igual manera, hemos realizado entrevistas a diferentes actores de la cadena logística, lo cual involucró no solo a ex representantes de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) sino también a titulares de puertos privados y de concesiones que conviven en unos casos con el régimen de concesiones y en otros

con el de autorizaciones administrativas. Sobre la base de ello, hemos abordado los siguientes aspectos: i) realidad actual de los puertos privados en el Perú; ii) si los servicios portuarios que brindan los puertos privados de uso privado a terceros no vinculados, son un servicio público; y, iii) si la regulación de éstos es la forma idónea de intervención estatal y, en todo caso, en qué términos debería darse esta regulación.

Así, como resultado de la investigación realizada, concluimos que existen grandes vacíos en la normativa respecto del tratamiento de los puertos privados, en particular, de aquellos que superan el porcentaje admitido por el RLSPN. Asimismo, hemos advertido que la normativa portuaria no conversa con la normativa regulatoria, habiendo identificado vacíos e incongruencias que únicamente contribuyen al aumento de inseguridad jurídica.

Por otro lado, identificamos que la APN no realiza una supervisión adecuada para verificar si los terminales privados de uso privado están o no superando el porcentaje previsto en el artículo 20 del RLSPN, lo cual se evidencia no solo en el hecho de que existen terminales privados de uso privado que prestan el 100% de sus servicios a favor de terceros no vinculados sin ninguna consecuencia, sino que la información estadística que maneja la APN, además de no reflejar la realidad, se encuentra en una unidad de medida que no es ninguna de las dos planteadas en el artículo 20 del RLSPN.

Asimismo, la necesidad de incentivar la inversión en infraestructura privada para cubrir la demanda insatisfecha no es la misma actualmente. En efecto, cuando se emitió la LSPN resultaba necesario establecer un porcentaje alto para incentivar la inversión en infraestructura portuaria privada; sin embargo, hoy en día, dicho porcentaje debería: i) evitar desnaturalizar la figura del puerto privado de uso privado concebido como un eslabón de la cadena productiva y no de la cadena logística; ii) servir para identificar el momento en que el servicio prestado se vuelve un servicio público; y iii) servir para permitir al administrador portuario contribuir con el desarrollo económico de la zona de influencia comercial, al no tener que ser calificado como un puerto de uso público hasta determinado punto.

Finalmente, concluimos que los servicios portuarios prestados por puertos privados de uso privado a favor de terceros no vinculados que superen el 50% del total de la carga movilizada en el terminal, en términos de peso, deberían ser calificados como de uso público, y por ende, como servicios públicos. En consecuencia, resulta necesario determinar en qué momento el terminal pasa de ser de uso privado a uso público, lo cual se logra a través de la determinación del momento en el que se desnaturaliza la figura del puerto de uso privado, es decir, cuando el puerto privado

deja de ser un eslabón en la cadena productiva de su dueño, para convertirse en un negocio autónomo.

## Índice

<b>Índice de anexos.....</b>	<b>viii</b>
<b>Capítulo I. Introducción.....</b>	<b>1</b>
1. Planteamiento del problema.....	1
2. Antecedentes.....	2
3. Alcances.....	2
<b>Capítulo II. Análisis del trabajo.....</b>	<b>5</b>
1. Desarrollo de los objetivos del trabajo de investigación.....	5
2. Visión del trabajo.....	6
3. Revisión del marco normativo.....	6
<b>Capítulo III. Metodología.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo IV. Desarrollo del tema.....</b>	<b>12</b>
1. Marco teórico.....	12
1.1. Abuso de posición de dominio: mercado relevante y competencia.....	12
1.1.1. Concepto de la “posición dominante” en nuestro ordenamiento jurídico.....	12
1.1.2. Factores que determinan la posición dominante.....	12
1.1.3. La posición dominante como práctica abusiva.....	13
1.1.4. Formas o prácticas predatorias de la posición dominante.....	13
1.2. La regulación.....	14
1.2.1. Regulación económica.....	16
1.2.2. Monopolio natural.....	18
1.3. Servicios públicos.....	20
2. Regulación de infraestructura portuaria en el Perú.....	24
2.1. De la relación entre OSITRAN, la infraestructura portuaria y los puertos privados.....	25
2.1.1. Ámbito de competencia.....	25
2.1.2. Alcance de las funciones y atribuciones de OSITRAN respecto de los puertos cuasipúblicos.....	28
2.2. De la normativa sectorial y los puertos cuasipúblicos.....	32
2.3. Observaciones al marco regulatorio de la infraestructura portuaria en el Perú en el caso de los puertos privados.....	38

2.3.1. Falta de claridad en cuanto a la competencia de OSITRAN sobre puertos de uso público, incluyendo a los puertos cuasipúblicos.....	38
2.3.2. Extralimitación del RLSPN en relación a las condiciones bajo las que los puertos privados de uso privado pueden prestar servicios a terceros no vinculados. ....	40
2.3.3. El porcentaje que determina la conversión de un puerto privado a uno público desnaturaliza la figura del puerto de uso privado. ....	42
2.3.4. Niveles de servicio.....	46
3. Experiencia en otros países.....	46
4. Propuesta.....	49
4.1. Los servicios portuarios que prestan los puertos de uso público y cuasipúblico deben ser calificados como servicios públicos.....	49
4.2. Es recomendable que los puertos privados puedan prestar servicios a terceros no vinculados, hasta determinado límite, sin necesidad de convertirse en puertos de uso público.....	50
4.3. El límite entre el servicio portuario privado y el servicio público debe ser el 50% de carga de terceros no vinculados en términos de peso. ....	51
4.4. La prestación de los servicios deberá darse bajo el mismo marco regulatorio aplicable a los puertos de uso público. ....	55
<b>Conclusiones y recomendaciones.....</b>	<b>58</b>
1. Conclusiones.....	58
2. Recomendaciones.....	60
<b>Bibliografía.....</b>	<b>61</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>64</b>
<b>Notas biográficas.....</b>	<b>73</b>

## Índice de anexos

Anexo 1.	Infracciones administrativas aplicables a los terminales portuarios de uso público .....	65
Anexo 2.	Registro de autorizaciones de uso de área acuática y franja ribereña al 2017 .....	67
Anexo 3.	Estadística de la Autoridad Portuaria Nacional sobre carga movilizada por los terminales portuarios de titularidad privada .....	68
Anexo 4.	Propuesta de modificación normativa .....	69

## **Capítulo I. Introducción**

En la actualidad, existen dos regímenes coexistentes para el desarrollo y explotación de infraestructura portuaria. De un lado, se encuentra el régimen de Asociaciones Público Privadas (APP) que constituye un marco normativo complejo y de largo aliento, que involucra la participación de múltiples actores de la Administración Pública y busca fomentar la competencia en cuanto a la elección de la empresa que suscribirá el contrato de concesión. De otro lado, tenemos que la Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley 27943 (LSPN) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 003-2004-MTC (RLSPN) permiten el desarrollo de infraestructura portuaria a partir de un régimen de autorizaciones administrativas. A través de este mecanismo, es posible que puertos de titularidad privada de uso público puedan prestar servicios a terceros no vinculados, e incluso permite que los puertos privados de uso exclusivo o privado lo hagan bajo condiciones no reguladas y prácticamente ausentes de control en cuanto a la prestación y calidad de los servicios.

### **1. Planteamiento del problema**

Los puertos privados que funcionan sobre la base de las autorizaciones descritas no están sujetos a regímenes de accesos y, en principio, tampoco tarifarios. De hecho, la normativa bajo comentario solo establece que éstos deberán prestar servicios portuarios respetando los derechos del usuario en su condición de consumidor del servicio y/o actividad. En ese sentido, tenemos que, a pesar de tratarse aparentemente de un servicio público, su prestación no está sujeta a mayor regulación. En principio, se trata de un planteamiento teórico que no pretende efectuar un análisis caso por caso de los puertos privados que actualmente operan en nuestro país, sino más bien, busca evaluar conceptualmente la posible problemática y sus implicancias. Estamos ante un problema que con el crecimiento económico del país podría tornarse cada vez más relevante.

Resulta necesario evaluar si los servicios portuarios que los administradores portuarios de puertos de titularidad y uso privado prestan a terceros no vinculados son o deben ser considerados servicios públicos. Asimismo, resulta importante analizar la conveniencia de regulación en estos casos ya que, de no haber competencia, podría presentarse un supuesto de abuso de posición de dominio por parte del titular de la infraestructura. En la actualidad, solamente en caso la Autoridad Portuaria Nacional (APN) advierta que el puerto privado de uso exclusivo ha movilizó más del 75% del volumen de carga movilizó en el ejercicio anterior, 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. En caso

INDECOPI determine que existe competencia, determinará la desregulación de los servicios prestados en el puerto de uso público. Si determina que no existe competencia, entonces el puerto privado de uso exclusivo no podrá cobrar precios mayores a las tarifas por la prestación de servicios portuarios en puertos de uso público en su zona de influencia comercial.

En este trabajo se cuestionará la conveniencia de permitir la prestación de servicios a terceros no vinculados y de ser el caso, el momento a partir del cual dichos servicios ameritan ser regulados. Por otro lado, ¿qué sucedería si se determinase la inexistencia de terminales portuarios dentro del ámbito de influencia?, ¿qué tarifa se aplicaría en esos casos?, ¿conviene que el efecto en el puerto privado de uso exclusivo se limite a la fijación de un precio tope o es que debería estar sujeto a la misma regulación de un puerto de uso público?, ¿existe claridad y uniformidad en el marco normativo actual respecto de los puertos privados y su relación con el regulador?, ¿nuestra regulación contiene vacíos normativos que requieren ser cubiertos? Estas y otras interrogantes serán tratadas en la presente investigación a fin de determinar si la normativa actual es la adecuada o si la prestación de servicios portuarios a terceros no vinculados amerita una intervención mayor del Estado. Así, la investigación pretende contribuir con la mejora del marco regulatorio en el sector portuario, a través de una propuesta que garantice la prestación adecuada de los servicios públicos, busque prevenir adecuadamente el potencial abuso de posición de dominio de puertos privados de uso privado y coadyuve a uniformizar los diferentes instrumentos regulatorios aplicables a esta figura y a superar los vacíos normativos existentes en la regulación actual.

## **2. Antecedentes**

Luego de la investigación realizada, se puede advertir la inexistencia de trabajos previos que aborden la problemática de los puertos privados en el Perú en los términos planteados en el presente trabajo. Probablemente, la inexistencia de éstos responde a que no se habrían presentado casos en los que los puertos privados de uso privado hayan superado el porcentaje límite establecido en el RLSPN. Sin embargo, esto no es exacto ya que conforme hemos podido advertir a través de la investigación y confirmar mediante las entrevistas realizadas, en la práctica sí existen puertos privados de uso privado que prestan servicios a terceros no vinculados superando el 75%. La falta de supervisión y fiscalización de la APN respecto a la exactitud de la información que los administradores portuarios remiten, ha generado que tales situaciones pasen desapercibidas.

## **3. Alcances**

A modo preliminar, es posible que producto de la investigación que se realizará, se llegue a la conclusión de que bajo ciertas circunstancias los servicios portuarios que prestan puertos de

titularidad y uso privado a terceros no vinculados deben ser calificados como servicios públicos a efectos de garantizar su prestación adecuada, y por ende, requieran ser regulados. Sin perjuicio de ello, debe tomarse en cuenta que, de optarse por regular estas actividades el efecto podría ser contraproducente (por tanto, no recomendable), ya que, tratándose de un derecho, los puertos privados podrían optar por no prestar servicios a terceros considerando los costos y dificultades que les podría generar una eventual intervención regulatoria. Cabe señalar que, en estos casos, no estaríamos ante una negativa injustificada de contratar.

Para efectos del trabajo se tomará en cuenta la información referida a la carga movilizada por los puertos objeto de estudio. En ese sentido, se podría descubrir que, en la realidad, la carga de terceros movilizada en estos terminales respecto de la carga propia, no es realmente significativa, de manera que no justifique una intervención del Estado a través de la regulación. Una última variante implicaría que si bien no es necesario regular, sí se requiere revisar el porcentaje actualmente aplicable y completar algunos vacíos e incongruencias que la normativa vigente presenta: ¿qué sucedería si se determinase la inexistencia de terminales portuarios dentro del ámbito de influencia?, ¿qué tarifa se aplicaría en esos casos?

Debido a que esta investigación analiza la conveniencia de regular puertos que, en su integridad, actualmente no están sujetos a regulación, es muy probable que tratándose de un tema sensible que podría afectar intereses privados, no se obtengan respuestas totalmente honestas y transparentes, por ejemplo, en cuanto a los precios y condiciones en las que prestan los servicios portuarios a terceros no vinculados, así como en cuanto a la decisión que tomarían en caso fueran sujetos de regulación. Asimismo, parte importante del trabajo consiste en recabar información respecto de la carga movilizada a través de estos terminales portuarios. Si bien dicha información es remitida anualmente a la APN, podría encontrarse protegida por el secreto comercial y por ende no ser otorgada por acceso a la información pública, o bien podría tener imprecisiones.

Resulta particularmente curiosa la falta de información y sustento sobre el porcentaje previsto en el RLSPN. Recordemos que según dicha norma, los puertos privados de uso privado pueden prestar servicios portuarios a terceros no vinculados hasta el 75% del total de carga movilizada en un año, sin limitante alguna. Es de vital importancia entender qué motivó la fijación de dicho porcentaje a fin de analizar si es adecuado y si las condiciones actuales lo justifican, ya que este pareciera desnaturalizar la definición de los puertos privados de uso privado. En caso no lograr identificar las razones que se encuentran detrás de este porcentaje, resultará difícil proponer uno más adecuado que no sea aleatorio.

## **Capítulo II. Análisis del trabajo**

Como ya se mencionó, no existen trabajos previos sobre la problemática de los puertos privados en el Perú en los términos aquí planteados, pero sí se han podido identificar investigaciones sobre aspectos que tienen incidencia en la problemática planteada, pero que no la abordan como tal. En efecto, temas como el concepto y tratamiento de servicios públicos, consideraciones sobre los monopolios naturales, el abuso de posición de dominio y la doctrina de las facilidades esenciales son ejemplos de materias que han sido exhaustivamente estudiadas.

### **1. Desarrollo de los objetivos del trabajo de investigación**

El objetivo general de esta investigación consiste en contribuir al mejoramiento del Sistema Portuario Nacional a través de una propuesta de modificación de la LSPN, del RLSPN, de 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 (Ley de Creación) y del Decreto Supremo No. 044-2006-PCM que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (REGOSI) con la finalidad de identificar los servicios portuarios que deben ser calificados como servicios públicos a efectos de garantizar su prestación adecuada, prevenir el abuso de posición de dominio de los puertos privados de uso privado que atienden carga de terceros no vinculados, de uniformizar el marco regulatorio actual y cubrir los vacíos normativos identificados.

Como sabemos, los objetivos específicos tienen como finalidad contribuir al cumplimiento del objetivo general. En ese sentido, consideramos necesario que el primer objetivo específico consista en determinar si es conveniente que los puertos de titularidad privada puedan atender carga de terceros no vinculados. Para ello, evaluaremos la realidad actual de los puertos privados en el Perú.

Asimismo, buscaremos determinar si los servicios portuarios que brindan los puertos privados de uso privado a terceros no vinculados son un servicio público y, de ser el caso, bajo qué consideraciones. Para ello, será necesario determinar si dichas actividades cumplen con las características propias de un servicio público y si tal calificación podría variar de acuerdo a determinadas circunstancias. Consideramos que el cumplimiento de este objetivo específico es particularmente importante, en la medida que nos permitirá definir la necesidad y, de ser el caso, el grado y la forma de intervención del Estado respecto a estos servicios.

El tercer objetivo específico se encuentra directamente vinculado al objetivo precedente. Una vez que hayamos determinado si estos servicios pueden ser calificados como “servicios públicos” evaluaremos, considerando el factor “competencia” si la regulación de los mismos es la forma idónea de intervención estatal; lo cual, nos lleva al cuarto objetivo específico, que es precisamente, determinar en qué términos debería darse esta regulación.

El último objetivo específico consiste en proponer las modificaciones a la LSPN, al RLSPN, a la Ley de Creación y al REGOSI que resulten necesarias en base al análisis efectuado a fin de uniformizar el marco regulatorio actual y de superar los vacíos normativos existentes.

## **2. Visión del trabajo**

A través del presente trabajo, buscamos resguardar los derechos de los usuarios de servicios portuarios, así como fortalecer el marco regulatorio portuario uniformizándolo y superando los vacíos normativos existentes. Para ello, propondremos un cambio normativo derivado del análisis efectuado en la presente investigación. Este trabajo constituye un esfuerzo por promover el desarrollo eficiente y justo de, principalmente, aquellas zonas comerciales que no cuentan con alternativas públicas para movilizar sus productos o materia primas. De esta manera, se busca generar bienestar social a través de un mayor acceso al transporte multimodal, reduciendo los costos logísticos.

## **3. Revisión del marco normativo**

Con fecha 01 de marzo de 2003 fue publicada la LSPN cuyo objetivo es regular las actividades y servicios en los terminales, infraestructuras e instalaciones ubicados en los puertos marítimos, fluviales y lacustres, tanto los de iniciativa, gestión y prestación pública, como privados. Dicha norma, a través de su artículo 6<sup>1</sup> clasifica a los puertos según la titularidad de sus obras e instalaciones, en puertos o terminales portuarios públicos o privados. En ese sentido, establece

---

<sup>1</sup> **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 o Público y de Uso Exclusivo o Privado. 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 terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 de la presente Ley. [...]

que los puertos serán públicos cuando la infraestructura y/o instalaciones sean de propiedad del Estado y serán privados cuando dichos bienes sean de propiedad de particulares.

No obstante, la titularidad de los bienes no determina el uso que se asignará a la infraestructura. Al respecto, el precitado artículo establece que, sin perjuicio de que la titularidad sea pública o privada, el uso puede ser “público” o “privado”. Será de uso público cuando exista la obligación de poner a disposición de terceros o usuarios los bienes e infraestructura, mientras que el uso exclusivo o privado implica que el propietario de la infraestructura destine su uso a fines propios.

La norma bajo comentario no solo establece que los puertos de titularidad privada pueden ser de uso público y, como tales, prestar servicios a terceros, sino que, contempla en el literal 2 del artículo 6 que, incluso siendo de uso privado, tales puertos podrán prestar servicios a terceros “bajo el mismo tratamiento que reciban los puertos de uso público” de acuerdo con los parámetros que establezca el RLSPN y para el tipo de carga que se autorice en la habilitación portuaria.

Con fecha 04 de febrero de 2004 fue publicado el RLSP. Al respecto, el artículo 19 del RLSPN<sup>2</sup> señala que los titulares de puertos y terminales portuarios de titularidad privada deciden el uso al que serán destinadas sus instalaciones, precisando que el uso exclusivo o privado incluye la carga destinada tanto al titular del puerto como a sus empresas vinculadas. Asimismo, indica que, incluso tratándose de puertos de uso exclusivo, podrán ofrecer sus servicios a terceros no vinculados sin perder su condición de puerto privado de uso privado.

Cabe señalar que, el citado artículo también establece que tales 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.

Ahora bien, la inversión privada en materia de desarrollo y explotación de infraestructura portuaria puede materializarse a través de dos regímenes coexistentes: el Régimen de Autorizaciones Administrativas y el Régimen de las APP. Como ya hemos señalado, la LSPN y el RLSPN permiten el desarrollo de infraestructura portuaria a partir de un régimen de autorizaciones administrativas. A través de este mecanismo, es posible que puertos de titularidad

---

<sup>2</sup> Artículo 19.- Los titulares de puertos y terminales portuarios de titularidad privada decidirán el uso al que serán destinadas sus instalaciones. Se considera que el uso exclusivo o uso privado incluye la carga destinada al titular del puerto, así como a sus empresas vinculadas, entendiéndose por empresas vinculadas cuando se esté en alguno de los supuestos establecidos en el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. 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.

privada de uso exclusivo o privado puedan prestar servicios a terceros no vinculados hasta determinados límites, bajo condiciones no reguladas y poco claras.

En este punto es importante mencionar la participación del OSITRAN en este fenómeno. Este organismo creado a través de la Ley de Creación, ejerce su competencia regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público. Cabe señalar, que de acuerdo al artículo 3 de la referida norma, la “Infraestructura nacional de transporte de uso público” comprende a la infraestructura portuaria. Asimismo, indica que son Entidades Prestadoras aquellas empresas o grupo de empresas, públicas o privadas, que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.

Por su parte, el literal k) del artículo 1 del REGOSI, amplía los alcances de la referida definición señalando que se entiende como Entidad Prestadora aquella Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios. Y agrega que “lo son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley No. 27943”.

Finalmente, es importante mencionar que el literal m) del artículo 1 del REGOSI, al definir el concepto de Infraestructura, señala expresamente que se encuentran excluidas del concepto de infraestructura “la infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica”, y concluye que “no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el artículo 20 del Decreto Supremo No. 003-2004-MTC.”

### **Capítulo III. Metodología**

El tipo de investigación utilizado para el presente trabajo fue principalmente cualitativo, inicialmente a nivel descriptivo, y derivó en un nivel exploratorio donde los resultados constituyeron una visión aproximada de la realidad, en la medida que el tema escogido no ha sido estudiado anteriormente. La aproximación metodológica empleada fue de índole no experimental. No se ha construido una situación deliberadamente, sino más bien, se observaron los fenómenos en su contexto natural, esto es, tal como funciona hoy en día la realidad portuaria peruana.

El objeto de la investigación está estrechamente vinculado a los puertos privados marítimos y a los servicios que éstos prestan a terceros no vinculados. De acuerdo con la Resolución de Acuerdo de Directorio No. 080-2017-APN/DIR, existen 59 terminales portuarios de ámbito marítimo, de los cuales, 33 son de titularidad privada de uso privado. A través de este trabajo hemos tenido una aproximación de cuántos de estos puertos prestan servicios a terceros no vinculados así como el volumen de carga que transportan a través de éstos.

Dentro de la aproximación no experimental, el foco estuvo en la investigación documental y la de campo. La investigación documental implica la revisión tanto del marco normativo aplicable como de la información que se obtenga del sector público y/o privado. Ello, fue de utilidad para definir claramente la realidad objeto del presente estudio, para luego poder entender y analizar los efectos y comportamiento. La investigación de campo se materializó en la formulación de consultas y de la solicitud de cotizaciones como cliente incógnito a fin de constatar las condiciones reales que los puertos privados ofrecen a los usuarios (terceros no vinculados). Asimismo, se recabó información a través de entrevistas a personas que se encuentren vinculadas al sector (administradores portuarios, entidades públicas) y a expertos en la materia, con la finalidad de: i) conocer a profundidad la dinámica; ii) corroborar nuestros hallazgos; iii) entender el origen y finalidad de la normativa vigente y de sus cambios; y, iv) identificar los intereses e inquietudes de los actores (usuarios, administradores portuarios y autoridades). Los métodos considerados idóneos para recolectar información relevante para la investigación fueron las entrevistas, “método del cliente incógnito” y la observación.

Las fuentes de información fueron primarias y secundarias, comenzando con las primarias (hechos y leyes) y revisando el marco normativo aplicable e identificando los proyectos portuarios vinculados al objeto de la investigación. Luego, se tomó fuentes secundarias: recopilación de artículos, investigaciones previas, entre otros, vinculadas al objeto del presente trabajo. A través de estas dos fuentes se pudo definir la realidad y comenzar a analizarla.

En cuanto a las entrevistas, éstas fueron esencialmente semiestructuradas: si bien hubo una guía de preguntas, como entrevistadores (sobre la base de las respuestas del entrevistado) tuvimos libertad para dirigir o reencausar la entrevista, introduciendo preguntas adicionales, entrando a mayores detalles, o incluso explorando nuevos horizontes para obtener mayor información. Esta libertad es importante, sobre todo debido a que se trata de un tema poco estudiado. En cuanto a la muestra, ésta fue intencionada. En ese sentido, nos enfocamos principalmente en los puertos privados de uso privado sobre los que teníamos conocimiento o indicios de que estarían prestando servicios a terceros.

Como señalamos anteriormente, usamos el método de observación. Exploramos los contextos y aspectos específicos, comprendimos las circunstancias e identificamos claramente los problemas.

Una de las restricciones que enfrentamos fue la imposibilidad de viajar y visitar terminales de titularidad y uso privado para poder conocer de primera mano los puertos privados que existen y entrevistar a los ejecutivos en campo. A fin de superar esta limitación identificamos los puertos que pensamos podían ser de interés y/o que para nosotros podrían cumplir con las condiciones de ser puertos privados que prestan servicios a terceros no vinculados.

En cuanto a los principales inconvenientes se encuentra la dificultad y en algunos casos la imposibilidad de conseguir entrevistas clave. Probablemente ello se deba a que los dos integrantes nos encontramos vinculados directamente a un operador portuario y, por ende, algunos entrevistados eran muy cautelosos con la información que nos daban debido a un cierto miedo y recelo. En ese sentido, no podemos asegurar que la información obtenida de las entrevistas realizadas responda totalmente a la realidad, por lo que en muchos casos tuvimos que corroborar las respuestas con las de otras personas.

Por otro lado, el acceso a la información constituyó inicialmente una limitación importante. La APN inicialmente no accedió a entregarnos la información estadística referente a la carga de terceros no vinculados movilizada por los terminales privados de uso privado, alegando que no existía o que era información confidencial. Tuvimos que solicitarla varias veces para poder contar con la referida información. Sin embargo, el problema principal con el que nos enfrentamos fue el hecho que actualmente la APN no cuenta con información fidedigna ni completa debido a que, por un lado, los administradores portuarios de titularidad y uso privado no cumplen con entregar la información con el nivel de detalle requerido, y por otro, porque la referida autoridad no exige ni verifica la información requerida. Por tales motivos, resulta difícil sacar conclusiones que se deriven de dicha información.

## Capítulo IV. Desarrollo del tema

### 1. Marco teórico

#### 1.1 Abuso de posición de dominio: mercado relevante y competencia

##### 1.1.1 Concepto de la “posición dominante” en nuestro ordenamiento jurídico

No es posible entender la figura del abuso de posición de dominio sin antes remitirnos a la definición recogida en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 1034 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (DL1034) que a la letra señala: “7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad (...)”.

Es importante resaltar que la posición dominante *per sé* no es ilegal ni se encuentra proscrita por nuestro ordenamiento. Más aún, es considerada como una situación privilegiada en la que podría encontrarse una empresa en un mercado o industria determinada debido a causas intrínsecas (eficiencias productivas, calidad del producto o servicio, políticas comerciales, estrategias de *marketing*, etc.) sin la necesidad de incurrir en conductas anticompetitivas. Precisamente, en relación a la licitud de la posición de dominio, el artículo 7.2 del DL 1034 menciona que “la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.

Así, en la línea de lo señalado por Bullard (2003), el hecho que los productores busquen alcanzar una posición de dominio en el mercado a través de la generación de eficiencias y el mejoramiento continuo de la calidad de sus productos, contribuye notablemente a la generación de competencia. Por ello, si un productor consigue tener tal condición, ello no responderá necesariamente a una conducta ilícita sino que podría deberse a elementos perfectamente legales.

Cabe señalar que, para poder afirmar que una determinada empresa ostenta posición de dominio, resulta indispensable analizarla en función a un producto y mercado geográfico relevante. Lamentablemente, a pesar de la importancia de esta calificación, el análisis puede resultar subjetivo en la medida que dependerá del parecer de los funcionarios que se encuentren a cargo de tal evaluación, pudiendo generar una falla de regulación (en este caso, la llamada captura del regulador).

##### 1.1.2 Factores que determinan la posición dominante

Habiendo descrito lo que implica una posición de dominio, conviene señalar los factores que

podrían llevar a un agente económico a ostentar tal condición. Al respecto, el artículo 7 del DL 1034 menciona los factores que determinan la posición dominante de una empresa:

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

### **1.1.3 La posición dominante como práctica abusiva**

De acuerdo al artículo 10 del DL 1034 se entiende como “abuso de la posición de dominio” aquella situación en la que “un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición”.

El abuso de la posición dominante se presenta cuando un agente económico con posición de dominio tiene conductas que ponen en riesgo el mercado o cuando el mismo obtiene provecho injustificado derivado de la falta de competencia. En estos casos, la reducción de la competencia no se deriva exclusivamente del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se produce como resultado de un comportamiento anticompetitivo. Dicho comportamiento, bien podría generar sobrecostos a los competidores, imponerles barreras que dificulten su entrada o permanencia en el mercado, entre otros.

### **1.1.4 Formas o prácticas predatorias de la posición dominante**

La teoría económica define las prácticas predatorias como el comportamiento anticompetitivo desarrollado por agentes económicos con el propósito de restringir o eliminar la competencia.

A continuación se desarrollan algunos ejemplos considerados como prácticas predatorias.

- **Precios excesivos**

Cobrar precios por encima de su nivel razonable apropiándose de esa manera de parte del excedente del consumidor.

- **Discriminación de precios**

El término “discriminar” se debe entender como aquel trato igual a quienes se encuentran en situaciones distintas o trato diferenciado a quienes se encuentran en igual situación. Debe tenerse presente que en un mercado competitivo, lo que además es avalado por la economía social de mercado, se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Todo trato diferenciado debe ser justificado y razonable.

- **Negativa injustificada de contratar**

La negativa injustificada a contratar se presenta cuando una empresa que ostenta posición de dominio se niega injustificadamente a proveer cierto servicio a un usuario o empresa. Si bien una empresa tiene la libertad de negarse a brindar el servicio, éste no es el caso cuando una empresa ostenta posición de dominio. Solo podrá negarse si existen causas que justifiquen hacerlo. Si bien ello podría ser cuestionable en servicios privados, consideramos que en materia de servicios públicos no habría lugar a discusión debido a la importancia y el carácter necesario de los mismos.

## **1.2 La regulación**

La vida en sociedad supone necesariamente la regulación de la conducta de los individuos y grupos de personas. El reto es encontrar el justo medio, lo que además debe encontrarse adecuado a cada época y a cada situación. La intervención del Estado en la economía y en la sociedad encuentra su justificación en lograr el bien común.

Es el Estado el único que mediante su *ius imperium* determina cuál es el interés general de acuerdo a lo que estime conveniente en un determinado momento de la historia. Así, la determinación de qué materias o actividades son de interés general es una muestra de la extraordinaria discrecionalidad que tiene la administración. Debido al impacto que tiene la regulación en las actividades económicas de la sociedad, y dado el componente implícito de discrecionalidad, la regulación es una herramienta que debe ser manejada con mucho cuidado.

La regulación del Estado se fundamenta en tres funciones: i) Garantizar la seguridad y los derechos; ii) ordenar y estimular el correcto ejercicio de los derechos individuales; y iii) corregir desigualdades.

En resumen, a través de la regulación, el Estado emite reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares. Mediante estas reglas se pretende garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, generar certeza jurídica, garantizar derechos de

propiedad, evitar daños inminentes o bien atenuar o eliminar daños existentes a la salud o bienestar de la población, a la salud animal y vegetal, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía. Por ello, las regulaciones son las reglas o normas emitidas por el Gobierno para garantizar beneficios sociales.

Hay tres tipos de regulación del Estado:

- **La regulación económica.**

Su objetivo consiste en maximizar el bienestar social en mercados que presenten fallas, considerando los excedentes del consumidor y productor (Alza Barco 2011), y priorizando, de acuerdo a la Política Económica del Estado, la eficiencia productiva, distributiva y/o asignativa, según sea el caso. En otras palabras, busca emular un mercado de libre competencia a través de reglas e incentivos adecuados.

- **La regulación social**

Son las disposiciones que buscan proteger el medio ambiente y la salud humana, animal y vegetal, así como establecer condiciones para el ejercicio de profesiones y para las relaciones laborales. En buena cuenta, este tipo de regulación se concentra más en las condiciones bajo las cuales son producidos los bienes y servicios (Alza Barco 2011).

- **La regulación administrativa.**

Es aquella que organiza el funcionamiento de la propia Administración Pública para proveer servicios y bienes públicos (Cofemer 2016).

Para muchos, la regulación es entendida como una restricción o limitación a la libertad y se encuentra vinculada a variables como precio, calidad y producción. No obstante, la nueva tendencia ya no la concibe como un estricto método de control, sino más bien, como una nueva forma de aproximar el Estado a la industria para que «en un proceso que, asimilado al mercado, el regulador acuerde con el regulado el modo en que se tratará de lograr las metas que el orden constitucional impone» (Miranda y Muñoz 2004: 103).

En todo caso, para que la regulación sea adecuada, resulta indispensable: (i) un alto grado de diligencia; (ii) capacidad para desarrollar una política regulatoria coherente y continua; (iii) flexibilidad ante los cambios de las condiciones económicas, sociales y tecnológicas; (iv) independencia de influencias externas; (v) independencia y racionalidad, y; (vi) transparencia

y claridad (Molina 2006: 7).

### **1.2.1 Regulación económica**

Para hablar de regulación económica, resulta indispensable remitirnos a la idea de un mercado en competencia perfecta. En efecto, este es el sistema en el que el precio de bienes o servicios homogéneos son definidos por la interacción de muchos compradores y muchos vendedores, sin que ninguno de ellos pueda determinar el precio del mercado. En otras palabras, un mercado en competencia perfecta es una representación idealizada de un mercado en donde hay simetría de información y libre movilidad de recursos, logrando alcanzar un precio de equilibrio que optimiza el bienestar social.

El escenario ideal, sería aquel en el que todos los mercados de la economía funcionasen en competencia perfecta, ya que la sociedad sería la más beneficiada. Sin embargo, en la realidad, son muy pocos los mercados que se acercan al comportamiento de un mercado de competencia perfecta. La mayoría de los mercados tienen fallas de mercado, por lo que si éstas no fuesen mitigadas, no se llegaría a maximizar el beneficio social. Lo cierto es que en la realidad, los mercados funcionan de manera ineficiente debido a las fallas del mercado; es por ello que se requiere la intervención del Estado a través de medidas regulatorias, a fin de simular condiciones de competencia en dichos mercados. Entre las fallas de mercado que consideramos relevantes para efectos de la presente investigación, encontramos las siguientes:

- **Asimetría en la información**

Los mercados con asimetría en la información se deben a la información heterogénea con la que cuentan los individuos; es decir, la información es imperfecta. Según Akerlof (1970), en un mercado de vehículos usados, la asimetría de la información surge del hecho que los vendedores de vehículos tienen mucho más información sobre sus vehículos que los potenciales compradores. Akerlof supone que los vendedores saben con exactitud el valor del automóvil que desean vender pero los compradores no tienen idea de la calidad del automóvil hasta que lo hayan comprado.

El comprador no cuenta con la información completa respecto al producto que está comprando, no tiene la certeza si es uno de buena o mala calidad (*lemon*), mientras que el vendedor conoce exactamente qué defectos tiene. Podría suceder que el producto se encuentre en perfectas condiciones, pero también podría ser que tenga defectos costosos; por lo tanto, ¿cuál sería la mejor estrategia para el comprador?: ofrecer un precio promedio. A dicho precio, solo los vendedores de productos de baja calidad estarían dispuestos a vender y desplazarían

a los productos de alta calidad. Esto produce una ineficiencia en este mercado pues no se realiza el número de transacciones óptimas.

- **Barreras a la entrada**

En Bain (1956) se definen las barreras a la entrada de un mercado como las ventajas que presentan las empresas establecidas en una industria respecto de los potenciales ingresantes. Esto se debe a los altos costos en los que deben incurrir las firmas entrantes en una industria. Tales barreras se clasifican esencialmente en las siguientes:

- Barreras legales. Son determinadas por el Estado por medio de patentes, concesiones, licencias, permisos, etc. y también por privados (franquicias).
- Economías de escala. A mayor producción, menores costos medios.
- Barreras estratégicas. Relacionado con el comportamiento estratégico de las empresas que operan en la industria. Por ejemplo, la elevación de los costos de los rivales, precios predatorios, precios límite, etc.
- Barreras tecnológicas. Son las ventajas en el mercado de las empresas establecidas. Entre ellas se encuentra el conocimiento del proceso productivo, poseer una facilidad esencial, economías de alcance, etc.

- **Monopolio natural**

Un monopolio natural existe cuando la provisión de una cantidad de bienes y servicios cueste menos cuando éstos son producidos por una sola empresa que cuando son producidos por dos o más. En Baumol *et al.* (1982), el concepto de monopolio natural está relacionado con el concepto de “subaditividad” de costos. Una función de costos es subaditiva cuando la producción de cualquier cantidad y combinación de una canasta de bienes o servicios se realiza a un coste inferior al que se obtendría si la producción fuera repartida en distintas empresas. La “subaditividad” de costos es una condición suficiente para la existencia de un monopolio natural.

En el caso de los servicios públicos que son monopolios naturales, la regulación constituye un instrumento mediante el cual el Estado intenta mitigar la falla del mercado que constituye el monopolio natural. Dada su importancia para el Estado y para la sociedad esta falla de mercado podría tener consecuencias perjudiciales. Por tales motivos, la regulación económica intenta replicar el resultado que se obtendría en ausencia de esta falla y maximizar el superávit de los consumidores intertemporalmente.

### 1.2.2 Monopolio natural

Para efectos del presente trabajo, nos concentraremos en los monopolios naturales como la falla del mercado que amerita la intervención del Estado a través de la regulación económica.

El monopolio natural representa una situación en la que si se dejara actuar al mercado por sí solo, no se alcanzaría el óptimo social en el cual se maximiza el bienestar de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, la introducción de competencia no es deseable en la medida que la prestación de un servicio por parte de un solo productor resulta más eficiente que la prestación del mismo servicio por varios productores.

A continuación se mencionan algunas características de los monopolios naturales:

- Se dan sobre bienes que no presentan sustitutos o presentan sustitutos imperfectos.
- Se necesitan elevadas inversiones para poder operar en los mercados, es decir, brindar un servicio implica grandes costos fijos para la empresa, de los cuales una porción importante son costos hundidos debido al tipo de activo utilizado (torres de transmisión, tuberías de agua potable, tuberías de gas, redes eléctricas, grúas pórtico, muelles y amarraderos, entre otros).
- Son servicios de consumo masivo, debido a que son esenciales para la población.

Las grandes infraestructuras de transporte de uso público como puertos, aeropuertos, carreteras y ferrocarriles son fundamentales para el desarrollo económico y social de cualquier país. Este tipo de infraestructuras cumplen con las características de un monopolio natural.

No obstante, se debe tener cuidado ya que en un monopolio natural podría presentarse una situación de abuso de posición de dominio, razón adicional para ser regulados. Al respecto, Joskow (2005) identificó una serie de problemas que pueden ser generalizados en presencia de monopolios no regulados. Entre los principales podemos mencionar los siguientes: precios excesivos, producción ineficiente y pobre calidad en el servicio.

A continuación, presentamos las cinco principales ineficiencias que presentan los monopolios no regulados que justificarían la intervención regulatoria del Estado:

- **Ineficiencia asignativa.**- Para entender mejor este concepto, debemos definir a la “eficiencia asignativa” como la maximización de la suma del excedente del consumidor y el excedente del productor, es decir, del excedente total del mercado. Esta situación se cumple en condiciones de competencia perfecta; dicho de otro modo, se da cuando los precios reflejan los costos marginales de producción del bien. En ese sentido, la “ineficiencia asignativa” se presentará cuando los precios no reflejen los costos marginales de producción, lo que generará

una disminución del bienestar social.

- **Ineficiencia productiva.-** Se presenta eficiencia productiva cuando en la industria de un determinado producto, bien o servicio, éste se produce al menor costo posible para la sociedad. En otras palabras, esto se da como consecuencia de que se alcanza el costo medio mínimo posible para cada nivel de producción. Por lo tanto, la ineficiencia productiva se da cuando el monopolista no efectúa el esfuerzo óptimo para reducir sus costos, debido a que se encuentra solo en el mercado.
- **Ineficiencia distributiva.-** Se define a la eficiencia distributiva como aquella situación donde se alcanza una distribución de los recursos escasos de tal modo que se maximiza una función de bienestar social. Este concepto está relacionado con temas como la redistribución del ingreso, la cohesión social, el planeamiento regional, entre otros (Flacher *et al.* 2009). La ineficiencia distributiva se encuentra cuando los beneficios del monopolista son sobrenormales (mayores a cero); en este caso, algún factor está siendo remunerado por encima de su costo de oportunidad en perjuicio de otros agentes.
- **Disipación de renta.-** Habitualmente los monopolios obtienen grandes beneficios, es por ello que las empresas se sienten muy atraídas en convertirse o mantenerse como tales, estando dispuestas a efectuar gastos adicionales para lograrlo, lo que es denominado como la “búsqueda de rentas del monopolio” o *rent seeking* (Dammert y Molinelli 2013). Entre los gastos productivos que realizan los monopolistas encontramos los que realizan en investigación y desarrollo, la acumulación del capital, mejoras en los servicios brindados, gastos en publicidad con el objetivo de mostrar una empresa comprometida con el bienestar social (Tirole 1990). No obstante, existen otros gastos no productivos con el objetivo de convertirse en un monopolista o mantenerse como tal (Posner 1975 y Tullock 1967). Entre los gastos en actividades no productivas se presentan formas relativamente sutiles, como los lobbies o el financiamiento de campañas políticas, hasta formas extremas como el soborno o la compra de políticos; a ello se le denomina disipación de renta.
- **Ineficiencia dinámica.-** La eficiencia dinámica está relacionada con las inversiones eficientes, las mejoras en la productividad, la investigación y desarrollo y la difusión y adopción de nuevas tecnologías de producción; mientras que la ineficiencia dinámica se presenta cuando la empresa no introduce nuevos productos o procesos de producción. Tirole (1990) sostiene que el monopolista tendrá menores incentivos para innovar en comparación

con una empresa en competencia perfecta, debido a que si el monopolista introduce una nueva tecnología, se reemplazará a sí mismo, fenómeno que se denomina “efecto reemplazo”, a diferencia de lo que ocurre en una empresa competitiva, la cual se convertirá en un monopolio.

### **1.3 Servicios públicos**

En el Perú, el concepto de servicio público como definición general independientemente del tipo de actividad económica que se califique como tal, no ha sido recogido en el marco legal. Actualmente, la calificación de una actividad como servicio público viene dada por el legislador a través de una norma de rango legal.

Dicho esto, resulta importante remitirnos al concepto clásico de servicio público, el mismo que se encuentra vinculado a la actividad prestacional administrativa o a la titularidad estatal del servicio público. El servicio público en su acepción clásica implica que el Estado es el llamado a organizar, establecer y gestionar la prestación de varias actividades económicas calificadas como esenciales para la vida en sociedad. Bajo esta visión, es el Estado el titular de tales actividades, es decir, se reconoce una reserva prestacional a favor del mismo.

Para Duguit, los servicios públicos consisten en «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y, porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante» (Sendín 2003: 36 y 37).

La escuela clásica concibe al servicio público bajo la premisa de un monopolio estatal sobre la dirección y prestación del mismo. El servicio público es una actividad administrativa de carácter prestacional que es de titularidad estatal, y por tanto, es el Estado quien tiene la potestad de realizar directamente la actividad económica o entregarla en concesión a particulares. No obstante, la gestión del servicio público puede ser pública o, excepcionalmente, privada pero siempre sometida a normas de derecho público.

Ahora bien, la doctrina francesa ha fijado las características de la prestación de los servicios públicos o las denominadas Leyes de Roland (Bockmann 2010), las que, como veremos más adelante, han sido recogidas por el Tribunal Constitucional peruano y en general, por nuestro ordenamiento. Estas características son la obligatoriedad, la continuidad, la universalidad, la cláusula de progreso tecnológico, la igualdad y la regularidad.

- **Obligatoriedad.** En la medida que el servicio busca satisfacer una necesidad esencial, éste debe ser prestado cada vez que un usuario lo solicite.
- **Continuidad.** El servicio debe prestarse de manera ininterrumpida.
- **Universalidad.** Por su carácter necesario, el servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas y cubrir el ámbito geográfico de influencia.
- **Progresividad.** El servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible.
- **Igualdad.** El servicio debe prestarse respetando el trato igualitario de sus usuarios.
- **Regularidad.** El servicio debe prestarse en condiciones de calidad, de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen.

Por su parte, la postura moderna parte de un enfoque basado en un noción objetiva del servicio público en sí mismo, definiéndolo como un «régimen jurídico aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de especial interés general, sujetas a la libertad de empresa, pero también a la intervención regulatoria del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio» (Huapaya 2015: 371).

En este punto conviene citar a Esteve Pardo<sup>3</sup>, quien describe en qué consiste el rol “garante” del Estado en relación a los servicios públicos: «La actividad de regulación responde así a un nuevo garantismo: el de los intereses generales frente a la actividad de unas empresas privadas que operan en régimen de mercado y competencia en unos sectores de una relevancia fundamental para la sociedad y los ciudadanos. Este garantismo característico de la regulación viene a insertarse en un nuevo concepto de Estado de reciente elaboración: el Estado garante (*Gewahlleistungsstaat* en Alemania donde esta concepción está ya muy arraigada), un Estado cuyo objetivo no es prestar directamente, o mediante concesionarios bajo la dirección de la Administración, toda una serie de servicios -objetivo prioritario éste del llamado Estado prestacional, Administración Prestacional (*Leistungsverwaltung*)-, sino garantizar que esas prestaciones básicas se producen de acuerdo con unos principios que garantizan la igualdad de acceso y la atención a los intereses generales cuando son empresas privadas, sin ningún vínculo con la Administración, las que en régimen de mercado y libre competencia ofrecen esas prestaciones» (Pardo 2013: 464-465).

---

<sup>3</sup> (José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Antes, ya, en José Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis* (Madrid: Marcial Pons, 2013). Ahora, en José Esteve Pardo, “La Administración Garante. Una aproximación”, en *RAP* 197 (Mayo-Abril 2015): 11-39).

Si bien la teoría clásica y moderna mantienen enfoques diferentes en cuanto al rol del Estado respecto a los servicios públicos, coinciden en que éstos son actividades económicas destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, de especial interés general y esenciales para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.

Coincidimos con Huapaya cuando señala que el concepto de servicio público no se agota en aquellas «actividades sujetas a regulación económica por presentar fallas de mercado consistentes en situaciones de monopolio natural o de mercados faltos de libre competencia» (Huapaya 2015: 372), pues ello sería una visión cerrada que pierde de vista la naturaleza jurídica del servicio público y de la necesidad de interpretar a las instituciones del servicio público y de la regulación desde bases jurídicas.

Para el autor, el “nuevo servicio público” comprende los siguientes elementos y características:

- Se trata de una actividad industrial / económica que se somete a un régimen jurídico especial que garantice su prestación efectiva e ininterrumpida.
- La titularidad estatal no resulta esencial pero, en todo caso, el Estado tiene que procurar mediante su poder regulador que el prestador cumpla con las obligaciones de servicio público, las cuales están orientadas a garantizar el cumplimiento de las “Leyes de Roland”.
- Los marcos legales establecen la segmentación jurídica y empresarial de las actividades económicas integrantes del servicio en: a) competitivas (aplicación de la regulación para la competencia) y b) no competitivas (regulación sustitutiva de la competencia).
- En materia de retribución del prestador por el servicio brindado, se aplicarán precios libres como regla general, tarifas reguladas como excepción.
- El modelo de regulación que se asume es el denominado “regulación para la competencia”.
- Abandono de las ideas de reserva estatal y monopolio estatal en el servicio.
- El título para la prestación es la concesión.
- Introducción de las ideas de “obligaciones de servicio público”, fundadas en la consecución de objetivos de eficiencia en la prestación del servicio, así como en la idea del servicio universal.

Dicho esto, debe señalarse que el ordenamiento normativo peruano no ha recogido una definición de servicio público que pudiera ser aplicada a las distintas actividades económicas que pudieran ser calificadas como tales. Al respecto, Zegarra (2005) comenta que en el Perú nunca se desarrolló la teoría jurídica del servicio público lo cual habría influido en la legislación administrativa y los marcos normativos sectoriales de la época, los cuales nunca desarrollaron cabalmente un concepto

o uso normalizado del concepto del servicio público.

Por su parte, es importante señalar que la Constitución de 1979 utilizó la figura del servicio público para, de alguna manera, justificar la actividad empresarial del Estado y reservar para sí actividades estratégicas. No obstante, dada la crisis económica de la década de los años 1980, que coincidió precisamente con el período en el que el Estado asumió un rol empresarial prestador de servicios públicos, resultaba necesario revisar la conveniencia de mantener el statu quo. En este contexto, la Constitución de 1993 consagró el principio de subsidiariedad del Estado en la actividad empresarial.

En relación a los servicios públicos, la Constitución de 1993 recoge la teoría del rol garante del Estado. La garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad, se desprende de los artículos 44, 119, 58 segundo párrafo y 195 numeral 5). Siendo ello así, en el Perú son los legisladores quienes, mediante ley expresa, determinan la aplicación del régimen jurídico del servicio público a una actividad económica determinada. Dicha decisión debe estar basada en la esencialidad de la actividad y en la existencia de variables económicas y de mercado que aconsejan la intervención y control del Estado sobre dicha actividad. Así, solo pueden recibir la calificación de servicios públicos aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país (Huapaya 2015).

En este punto resulta importante remitirnos a lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional en relación a las características que debe cumplir una actividad para ser calificada como servicio público:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Asimismo, a través de la Sentencia No. 00034-2004-PI/TC, el intérprete máximo de nuestra Constitución ha señalado lo siguiente: “42. Por ello, aun cuando el Estado -en ejercicio de su libre configuración política-, haya concedido o autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios

públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población. De esta manera, ofrecemos nuestro concepto constitucional, jurídico-público para la materia que nos ocupa: *los servicios públicos económicos en sentido estricto y objetivo, serán actividades económicas de base privada o entregadas en todo caso a la iniciativa privada, sujetas a regulación económica implementada por el Estado, en orden a cumplir con los objetivos del marco legal del servicio, sin importar si es el Estado por medio de una empresa pública quien lo presta, o de lo contrario, si es que estamos frente a un prestador privado del servicio, con la condición de que se cumpla efectivamente con las diversas normas sectoriales que reflejan las viejas leyes de Roland de la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad en la prestación, en orden a satisfacer necesidades básicas o esenciales de la sociedad en conjunto, y permitir el desarrollo del conjunto de los servicios y actividades económicas que se montan sobre la infraestructura social levantada por medio de los grandes servicios públicos. Es decir, que se cumplan con los fines de garantía prestacional establecidos por el Estado como base para la existencia de una infraestructura social que permita el desarrollo de las personas en comunidad, rol integrador y superador de las desigualdades que permite sustentar constitucionalmente la existencia del servicio público, desde un punto de vista jurídico.*”

## **2. Regulación de infraestructura portuaria en el Perú**

En la década de los noventa se inició un proceso de reformas en la mayoría de países latinoamericanos debido a las crisis económicas y financieras y a la aplicación de políticas económicas inadecuadas reflejadas en altos niveles de déficit fiscal y procesos inflacionarios. En este contexto, se promovieron reformas en las que el Estado pasó de ser gestor de las actividades económicas a ocupar un rol principalmente subsidiario y regulador<sup>4</sup>. Las reformas mencionadas implicaban un mayor protagonismo del sector privado a través de la concesión de aquellos segmentos o sectores donde el Estado carecía de las condiciones técnicas y económicas para operar y/o brindar un servicio eficiente. Así, a partir de estos momentos se fueron creando los Organismos Reguladores en el Perú como organismos públicos descentralizados, actualmente adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

### **2.1 De la relación entre OSITRAN, la infraestructura portuaria y los puertos privados**

En lo que respecta a la regulación de los servicios de transporte, en 1998 a través de la Ley de Creación, se creó el OSITRAN como organismo encargado de normar, regular, supervisar, fiscalizar y sancionar en materia de Infraestructura de Transporte de uso público. Es preciso

---

<sup>4</sup> Artículo 58 de la Constitución Política del Perú.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

indicar que la competencia de OSITRAN abarca no solamente la infraestructura para el transporte terrestre, como es el caso de las concesiones viales y ferroviarias, sino también para el transporte aéreo y acuático, por lo que sus competencias alcanzan también a la infraestructura portuaria.

Cabe señalar que la creación de OSITRAN se dio pensando en el desarrollo de los servicios de transporte y supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público. En efecto, la misión de este organismo de acuerdo a la Ley de Creación no es otra que regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las “entidades prestadoras”, 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; todo ello, 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 ámbito.

### **2.1.1 Ámbito de competencia**

Al respecto, el ámbito de competencia de OSITRAN y en consecuencia, su ámbito de supervisión y fiscalización, no se limita a aquella infraestructura de uso público que haya sido concesionada a favor del sector privado, sino que alcanza a todas aquellas empresas que, sea cual fuera su título, explotan infraestructura de transportes de uso público.

En efecto, según el artículo 3.2 de la Ley de Creación se entiende 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. Esta definición es interesante debido a que la Ley no limita la actuación de OSITRAN únicamente a las empresas concesionarias, ya que será objeto de supervisión toda aquella persona jurídica con capital privado que por cualquier título explote infraestructura considerada de uso público<sup>5</sup>. Más aún, a través del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN aprobado por Decreto Supremo No. 044-2006-PCM publicado el 27 de julio de 2006 (REGOSI), modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 114-2013-PCM, publicado el 18 octubre 2013, se hicieron precisiones al concepto de “entidad prestadora”, conforme a lo siguiente:

“k) **ENTIDAD PRESTADORA:** Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente

---

<sup>5</sup> **Artículo 4.- Ámbito de Competencia**  
OSITRAN, ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.

al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios. Lo son también los administradores portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943; los que realizan actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, calificada como facilidad esencial, en calidad de operador principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, contrato de acceso, asistencia técnica y similares; así como aquellas empresas concesionarias del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, y las que están sujetas a actividades de supervisión, conforme lo establece la Ley N° 29754.”

Es importante anotar que la definición de empresa prestadora que ensaya el Reglamento en cuestión hace mención expresa a los administradores portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley No. 27943. No obstante, no precisa si los mismos se refieren únicamente a las personas jurídicas que administran puertos de titularidad privada o pública, de uso público o también a aquellos puertos privados de uso privado que por el volumen de carga atendida a favor de terceros no vinculados, adquieren, en principio, la calidad de terminales de uso público.

Por su parte, debemos advertir que si nos remitimos al artículo 3.2 de la norma bajo comentario encontramos que no hay una definición clara de lo que es infraestructura de uso público. De hecho, el referido artículo se limita a señalar que debe entenderse como infraestructura nacional de transporte de uso público a la infraestructura aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional y otras infraestructuras públicas de transporte. No obstante, si nos remitimos al literal m) del artículo 1 del REGOSI modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 114-2013-PCM, publicado el 18 octubre 2013, vemos que el concepto de “infraestructura” se refiere a un “sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación.” Se precisa que la infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, ferroviaria, red vial nacional y regional de carreteras y otras infraestructuras de transporte de uso público, de carácter nacional o regional. Pero más importante aún, el Reglamento precisa que, entre otras, se encuentran excluidas del concepto de infraestructura para efectos de éste, la infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. En consecuencia, no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el artículo

20 del Decreto Supremo No. 003-2004-MTC.

Es decir, de acuerdo con el REGOSI es claro que los puertos privados de uso privado no se encontrarán dentro del ámbito de competencia de OSITRAN en la medida que, no sean utilizados para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. La norma concluye que, por tanto, la infraestructura portuaria de uso privado a la que se refiere el artículo 20 del RLSPN no será infraestructura de uso privado. Recordemos entonces qué es lo que señala el referido artículo 20:

“Artículo 20.- Los Administradores Portuarios de puertos de titularidad pública o privada deberán comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional dentro de los 15 (quince) días hábiles del mes de enero de cada año, el volumen anual de carga movilizada en sus instalaciones portuarias en el ejercicio anterior, disgregando el porcentaje que corresponda al administrador portuario y terceros vinculados de aquel que corresponda a terceros no vinculados.

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.”

Por ende, se desprende del REGOSI que los puertos privados de uso privado cuyo porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75% del volumen anual de carga movilizada en las instalaciones portuarias (“puertos cuasipúblicos”), son considerados como infraestructura de transporte de uso público, y por tanto, quedarán sujetos al ámbito de competencia de OSITRAN. Esto quiere decir que, bajo el marco normativo actual, en lo que respecta al sector portuario, OSITRAN tiene competencia sobre los puertos de titularidad y uso

público y sobre los puertos cuasipúblicos. En consecuencia, las competencias y funciones de OSITRAN que no se encuentran exclusivamente vinculadas a la infraestructura explotada a través de concesiones, también resultan de aplicación a los puertos privados de uso privado que sobrepasen el referido límite.

### **2.1.2 Alcance de las funciones y atribuciones de OSITRAN respecto de los puertos cuasipúblicos**

Dicho lo anterior, consideramos necesario analizar el marco normativo y regulatorio al que se encuentran sujetos los puertos cuasipúblicos.

Como ya se ha señalado, OSITRAN cuenta con atribuciones normativas, regulatorias, fiscalizadoras y de solución de controversias. De acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Creación, en el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley 27332 y a lo establecido en los artículos 13, 16, 21, 32, 35, 41 y 67 del REGOSI, podemos describir el alcance de estas funciones de la siguiente manera:

- **Función supervisora:** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades prestadoras o actividades supervisadas procurando que éstas brinden servicios adecuados a los usuarios, 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;
- **Función reguladora:** comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito. En ese sentido, regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura en virtud de un título legal o contractual, así como los cargos de acceso por la utilización de facilidades esenciales;
- **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 y normas técnicas, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. En ese sentido, emite reglamentos y normas de carácter general, entre otros, sobre sistemas tarifarios o regulatorios, acceso a la utilización de facilidades esenciales a la infraestructura, estándares de calidad de la infraestructura y de los servicios que se encuentren bajo

competencia de OSITRAN, requisitos de obligatoriedad de provisión y suministro de información a los usuarios;

- Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones y medidas correctivas dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas. Cabe señalar que, además de la sanción que aplique el OSITRAN al infractor, podrá imponer infracciones a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integren los órganos directivos según se determine su participación y responsabilidad en las infracciones cometidas;
- 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,
- Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. En ese sentido, OSITRAN podrá resolver sobre reclamos vinculados a la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, a la calidad y oportuna prestación de dichos servicios, y a los daños y pérdidas en perjuicio del usuario de acuerdo a los montos mínimos establecidos por el Consejo provocadas por negligencia, incompetencia o dolo por parte de la entidad prestadora.

Ahora bien, el regulador tiene asignadas funciones específicas, algunas vinculadas directamente a los contratos de concesión y otras referidas a la explotación de la infraestructura sin importar a título de qué ésta es explotada. A continuación, se detallan aquellas funciones que alcanzarían a los puertos cuasipúblicos:

- Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito. Ello implica que, en caso no exista competencia en el mercado, pueda fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.
- Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
- Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.
- Interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de

Transportes y Comunicaciones lo requiera.

- Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de: i) multas; ii) sanciones; iii) tasas.
- Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de estos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre entidades prestadoras.
- Regular la coordinación de las relaciones entre distintas entidades prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.
- Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.
- 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.
- 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.

Adicionalmente, es importante mencionar que OSITRAN cuenta con las facultades de investigación que se indican en los artículos 66 y 67 del REGOSI. Cabe señalar que dichas facultades pueden ser ejercidas por cualquiera de los órganos de OSITRAN siempre que sean utilizadas en estricto cumplimiento de las potestades que sean de competencia de dicho órgano.

En este orden de ideas, OSITRAN puede legítimamente, realizar lo siguiente:

- Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
- Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.
- Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las entidades prestadoras o empresas bajo el ámbito del OSITRAN y examinar los libros, registros, documentación y

bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren.

- Instalar equipos propios en las instalaciones de las entidades prestadoras siempre que ello no dificulte en extremo la prestación de los servicios involucrados.

Por otro lado, es importante mencionar que si bien las entidades prestadoras que no son empresas concesionarias, no se encuentran obligadas a efectuar un pago por concepto de retribución a favor del Estado debido a que no cuentan con un contrato de concesión, lo cierto es que sí están obligadas a efectuar el pago del aporte por regulación<sup>6</sup>, el cual podrá ser de hasta el 1% del valor de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el hecho de encontrarse bajo el ámbito de competencia de OSITRAN implica también estar sujeto al régimen de infracciones y sanciones que administra. En efecto, si nos remitimos al artículo 6 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (“RIS”) advertimos que el mismo es competente para sancionar las infracciones cometidas por las Entidades Prestadoras vinculadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Así, encontramos en el RIS que conductas como no permitir o afectar el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios esenciales, el incumplimiento de obligaciones de carácter tarifario, entre otros, serán pasibles de ser sancionadas en caso se verifique su comisión por parte de la entidad prestadora. En el anexo 1 se detalla la relación de actividades o conductas que constituyen infracciones administrativas en las que podrían incurrir los puertos privados de uso público y los puertos cuasipúblicos.

Lo expuesto guarda especial relevancia debido a que, encontrarse sujeto a la posibilidad de ser sancionado por la comisión de cualquiera de las infracciones mencionadas en el anexo 1, podría conllevar un impacto económico importante debido a las sanciones pecuniarias que implica. En efecto, dependiendo de la facturación anual de la empresa sancionada y de la gravedad de la sanción, ésta puede ser sancionada con multas que pueden alcanzar las 840 UIT conforme se muestra a continuación:

---

<sup>6</sup> **Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Ley 27332**  
Artículo 10.- Aporte por regulación  
Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Ingresos operativos anuales (en UIT)	Multas (en UIT)		
	Level1	Grave	Muy grave
Ingreso < 20.000	Hasta 25	Hasta 60	Hasta 140
20.000 < Ingreso < 50.000	Hasta 75	Hasta 180	Hasta 420
Ingreso > 50.000	Hasta 180	Hasta 450	Hasta 840

Asimismo, como ya se ha señalado precedentemente, OSITRAN podría sancionar incluso a los representantes legales y directivos de la entidad prestadora dependiendo de su participación y responsabilidad en la comisión de la infracción.

## 2.2 De la normativa sectorial y los puertos cuasipúblicos

El análisis del marco regulatorio nacional, no estaría completo si no nos remitiéramos a la LSPN, al RLSPN y a las Resoluciones de Acuerdo de Directorio que emite la APN para regular aspectos específicos de la actividad.

Como ya señalamos, la LSPN es la norma que regula las actividades y servicios en los terminales, infraestructura e instalaciones ubicados en los puertos de titularidad pública y privada que conforman el Sistema Portuario Nacional. La ley tiene por finalidad<sup>7</sup> promover el desarrollo y competitividad de los puertos, facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos.

La LSPN es aplicable a las actividades portuarias y servicios portuarios realizados dentro de las zonas portuarias, y contempla las competencias y atribuciones de las autoridades vinculadas al Sistema Portuario Nacional.

Conforme a lo señalado precedentemente, la LSPN establece que los puertos pueden ser de titularidad pública o privada dependiendo de quién ostente la titularidad de la infraestructura; y de uso general o público (a disposición de cualquier solicitante), o privado o exclusivo (destinado para sus propios fines).

La LSPN señala que un puerto de uso público está obligado a prestar servicios a través de sus bienes portuarios a cualquier solicitante. Bajo dicha concepción, se entiende que un puerto de uso público puede ser administrado por empresas públicas (ENAPU) o incluso por empresas de capital privado a través del régimen de APP o de autorizaciones administrativas. Dichos administradores portuarios, están obligados a prestar servicios portuarios a todo el que lo solicite, a cambio de una

<sup>7</sup> Artículo 1 de la Ley del Sistema Portuario Nacional.

retribución monetaria que puede ser una tarifa o precio, según corresponda. Por lo tanto, los puertos de uso público actúan como un eslabón de las cadenas logísticas en el comercio internacional.

Por su parte, la LSPN indica que un puerto es de uso privado cuando el propietario lo destina para sus propios fines. Es decir, los puertos de uso privado son concebidos como parte de la cadena productiva del propietario. Por tanto, en principio, el puerto de uso privado es diseñado para cargar y descargar las mercancías del propietario, siendo su fin último la comercialización de su producción, más no la prestación de servicios portuarios.

Es importante señalar que, de acuerdo a lo establecido en la Trigésima Disposición Transitoria y Final de la LSPN incorporada a través del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 1022, son servicios públicos la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público.<sup>8</sup> Sin perjuicio de desarrollar este extremo en extenso más adelante, en nuestra opinión, la concepción de “servicio público” contemplada en la LSPN se encuentra desfasada y requiere ser adecuada a la realidad actual.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 6 de la referida norma establece lo siguiente:

“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 terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9<sup>9</sup> de la presente Ley.”

De lo anterior se advierte una contradicción conceptual, en la medida que a pesar de equiparar los términos “privado” y “exclusivo”, se otorga al puerto privado de uso privado, el derecho de prestar servicios a terceros no vinculados. Es importante señalar que el artículo 9<sup>10</sup> de la LSPN

---

<sup>8</sup> “Trigésima.- Declárese como servicios públicos esenciales, la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público, así como la prestación de los servicios portuarios en dicha infraestructura, los cuales el Estado garantiza. El Poder Ejecutivo, a través de sus entidades y en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional o Regional competente, según corresponda, adoptará, en los casos excepcionales de interrupción en la prestación de dichos servicios portuarios declarados esenciales, las medidas necesarias que permitan su prestación permanente, continua, segura y competitiva.”

<sup>9</sup> El artículo 9 de la LSPN se refiere a las Habilitaciones Portuarias, autorizadas por la Autoridad Portuaria Nacional o la Autoridad Portuaria Regional, según corresponda.

<sup>10</sup> Artículo 9.- Habilitaciones Portuarias  
9.1 La Autoridad Portuaria Nacional o la Autoridad Portuaria Regional, según corresponda, autoriza el inicio de obras de construcción o ampliación de un puerto. El cambio de uso de exclusivo a general o actividad del puerto

modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1022, establece que para que un puerto de titularidad y uso privado se transforme en uno de uso público, será necesaria la obtención de una autorización por parte de la APN. Dicha autoridad podrá rechazar esta solicitud en caso determine que ello puede afectar el desarrollo de los proyectos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario para terminales portuarios de titularidad y uso público. En este punto, de acuerdo con lo estrictamente dispuesto en los artículos bajo comentario, los puertos privados de uso privado solo podrán prestar servicios a terceros, previa modificación de la habilitación portuaria debidamente aprobada por la APN.

Ahora bien, ¿qué quiere decir la LSPN cuando señala que los puertos de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento? Para ello, resulta necesario remitirnos a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 84 del T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS que establece que es deber de la autoridad, interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

En principio, consideramos que la finalidad pública que está detrás del artículo bajo comentario, era equiparar los servicios prestados a terceros como servicios públicos. Nos explicamos mejor. La LSPN habilita a los titulares de puertos privados de uso privado a prestar servicios portuarios a terceros no vinculados, siempre que éstos tengan el mismo tratamiento que aquellos de uso público. Adviértase que la norma no hace mención a la titularidad del terminal sino únicamente hace énfasis en el uso público. En ese sentido, lo que busca la norma es reconocer que los servicios que presten los puertos privados de uso privado a terceros tengan las mismas características que los servicios que prestan los puertos de uso público y por ende, garantizar el mismo tratamiento. Como veremos en detalle más adelante, las características de los servicios que prestan los puertos de uso público coinciden con aquellas propias del servicio público, por lo que consideramos que la finalidad de “dar el mismo tratamiento que aquellos de uso público” implica un reconocimiento implícito del servicio público.

---

o terminal portuario requiere de la modificación de la habilitación, que se efectúa bajo los criterios que señale el procedimiento establecido en el Reglamento.

La Autoridad Portuaria que corresponda, una vez terminada la obra, debidamente habilitada, verifica el cumplimiento del proyecto y procederá a otorgar la licencia portuaria para operarlo.

La Autoridad Portuaria Nacional o Regional, según corresponda, podrá denegar la prestación de servicios a terceros en determinados terminales portuarios de titularidad y uso privado, en caso esto afectara el desarrollo de los proyectos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario para terminales portuarios de titularidad y uso público.”

9.2 El reglamento establece los requisitos, derechos y obligaciones y los procedimientos correspondientes.

Dicho esto, el RLSPN a través de sus artículos 19 y 20 busca desarrollar lo establecido en el artículo 9 de la LSPN en cuanto a la prestación de servicios a terceros por puertos privados de uso privado bajo el mismo tratamiento de aquellos servicios que prestan los puertos de uso público. Al respecto, el referido artículo 19 establece –transgrediendo lo habilitado por la norma– que los puertos privados de uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros no vinculados sin perder su condición de puerto privado de uso privado. Es decir, permite que los puertos privados puedan prestar sus servicios a terceros sin necesidad de modificar su habilitación o licencia portuaria para convertirse en puertos de uso público. Tengamos presente que cuando el RLSPN habla de “terceros” está haciendo referencia a terceros no vinculados lo cual, como veremos más adelante, desnaturaliza aún más la figura del puerto privado de uso privado.

En esta línea, el artículo 20 busca establecer un aparente límite a esta posibilidad, conforme se indica a continuación:

“Artículo 20.- Los Administradores Portuarios de puerto de titularidad pública o privada deberán comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional dentro de los quince días hábiles del mes de enero de cada año, el volumen anual de carga movilizadora en sus instalaciones portuarias en el ejercicio anterior, desglosando el porcentaje que corresponda al administrador portuario y terceros vinculados de aquel que corresponda a terceros no vinculados.

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 movilizadora 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.”

Veamos. El primer párrafo del referido artículo impone una obligación tanto a los administradores portuarios de puertos de titularidad pública como a los de titularidad privada. Esta obligación

consiste en la remisión de información referente al volumen anual de carga movilizada diferenciando el porcentaje que corresponde a carga propia y de terceros vinculados de aquella correspondiente a terceros no vinculados. Como es evidente, en el caso de los puertos de titularidad privada, la finalidad de esta obligación es identificar el momento en que el puerto privado de uso privado que presta servicios a terceros no vinculados alcanza el límite porcentual establecido en el segundo párrafo del mismo artículo. No obstante, como ya hemos advertido líneas arriba, si bien los terminales portuarios de titularidad privada cumplen con remitir la información a la APN, solo en uno de los 40 casos, se ha indicado que dicho terminal atiende carga de terceros no vinculados. Consideramos que dicha información no se ajusta a la realidad en la medida que tenemos conocimiento de terminales que prestan servicios a terceros no vinculados y que, sin embargo, no han reportado dicha información. Ello se agrava, en tanto la APN no está efectuando la supervisión y fiscalización del cumplimiento de esta obligación; por lo que hoy en día existen terminales privados de uso privado que claramente han sobrepasado el límite impuesto que no han sido pasibles de las consecuencias impuestas por el RLSPN.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 20 contempla el límite entre lo que se considera como “servicios a terceros no vinculados dentro del ámbito del uso privado” de aquellos dentro del ámbito de uso público. Así, la norma señala que *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 APN 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.*

Por ende, si de la información brindada los quince de enero de cada año, la APN advierte que el puerto privado de uso privado ha prestado servicios a terceros superando el 75% del volumen anual de carga movilizada, dicha autoridad deberá solicitar a INDECOPI la verificación de la existencia de competencia en su zona de influencia comercial. Esta competencia puede darse bien porque existan puertos de uso público o puertos de uso privado. Solo si alguno de éstos existiese y prestase los mismos servicios, INDECOPI podrá analizar si hay competencia. Si hay competencia, la consecuencia será que el puerto de uso público que constituya competencia, será desregulado. Sin embargo, la norma también contempla el supuesto en que no exista competencia, y en tales casos señala que el puerto de uso privado no podrá cobrar precios superiores a aquellos que manejen los puertos de uso público que se encuentren dentro de su zona de influencia comercial. El supuesto de falta de competencia podría darse o bien por inexistencia de terminales

dentro del ámbito de influencia comercial, o bien porque existiendo éstos no constituyen competencia para el terminal privado. Dicho esto, si no existen terminales de uso público dentro del ámbito de influencia comercial, nos preguntamos ¿cuál sería el precio tope aplicable al terminal portuario cuasipúblico? La norma no lo contempla.

Pero vamos más allá. La norma establece erróneamente una frontera que compara dos variables incompatibles, esto es, porcentaje de servicios prestados contra porcentaje de volumen anual de carga. Cuando se habla de servicios prestados debe entenderse como cantidad de operaciones realizadas independientemente del volumen que se maneje en cada una de dichas operaciones. Cuando se habla de volumen, debe entenderse como el cubillaje/espacio de la carga movilizada. No obstante, en la actualidad los puertos miden, reportan y cobran en función a pesos (toneladas) y no al volumen. Ello se evidencia, no solo en los tarifarios, si no en los reportes remitidos a la APN que se refieren exclusivamente a tonelaje, y ante los cuales, la autoridad no ha hecho cuestionamiento alguno. Así, tenemos una norma desfasada y que además nadie cumple ni supervisa.

Ahora, hablemos del 75%. Habiendo realizado entrevistas a representantes de diferentes actores que estuvieron involucrados en la redacción de la norma, entendemos que, la determinación de este porcentaje respondió al momento y a la coyuntura en la que se encontraba la realidad portuaria al momento de la elaboración de la norma. En efecto, diferentes factores fueron determinantes para la fijación del 75%:

- Considerable brecha de infraestructura portuaria a inicios de la década del 2000. Debido a ello, el Estado buscaba reducir dicha brecha incentivando la inversión privada en infraestructura sin importar si ésta era de titularidad pública o privada.
- Incipiente desarrollo de las asociaciones público privadas. A excepción del caso del Terminal Portuario de Matarani, en el 2004 no existían más puertos públicos concesionados, por lo que la posibilidad de contar con terminales con infraestructura y equipamiento moderno que fuera una alternativa viable y adecuada para atender la demanda existente, era mínima.
- Deficiente estado de conservación y falta de equipamiento adecuado en los terminales portuarios operados por ENAPU. Un ejemplo de ello era el terminal portuario del Callao administrado por la referida empresa. La falta de equipamiento adecuado y la ausencia de condiciones de seguridad, almacenaje adecuado y salubridad hacían necesario que los usuarios contaran con una alternativa que satisficiera sus necesidades. Considerando la inexistencia de otros puertos de titularidad y uso público en la zona de influencia comercial, es evidente que un terminal privado ya operativo era la alternativa de solución más eficiente y eficaz.
- Los terminales portuarios de alcance nacional que operaba ENAPU no tenían demanda

suficiente para atraer la recalada de naves. Ante esta situación, los usuarios se vieron afectados por la imposibilidad de comercializar sus productos, por lo que una alternativa para ello era transportar sus productos a través de las naves que llegaban a puertos privados, para lo cual necesitaban que el puerto privado les preste servicios.

En nuestra opinión, los argumentos aquí señalados son lo suficientemente válidos para sustentar la necesidad de permitir la atención de carga de terceros no vinculados. Sin embargo, de nuestra investigación y de las entrevistas realizadas, podemos advertir que el porcentaje indicado en la norma no tiene un sustento u origen técnico sino que fue propuesto con la intención de incentivar tanto la prestación de servicios a terceros no vinculados buscando reducir la demanda insatisfecha, como la construcción de nuevos terminales para reducir la brecha de infraestructura portuaria. Vale comentar que, incluso había quienes consideraban que el porcentaje debía ser menor (50%) y en algunos casos, hasta inexistente de manera que pueda ser evaluado caso por caso.

Es importante anotar, que en el marco de la elaboración de la norma, los trabajadores portuarios que laboraban en ENAPU se opusieron rotundamente a la posibilidad de que puertos privados puedan atender carga de terceros no vinculados por temor a perder la demanda de sus servicios y por ende, sus puestos de trabajo.

## **2.3 Observaciones al marco regulatorio de la infraestructura portuaria en el Perú en el caso de los puertos privados**

### **2.3.1 Falta de claridad en cuanto a la competencia de OSITRAN sobre puertos de uso público, incluyendo a los puertos cuasipúblicos**

Como ya hemos mencionado anteriormente, de acuerdo con lo establecido en la normativa de OSITRAN, éste tiene competencia sobre la infraestructura de transporte de uso público nacional. Asimismo, se desprende de la definición de “infraestructura” establecida en el REGOSI que los considerados puertos cuasipúblicos son considerados como infraestructura pública. Siendo ello así, de acuerdo a la normativa de OSITRAN, este organismo regulador tendría competencia para ejercer plenamente todas sus funciones respecto de aquella infraestructura considerada de uso público, entre otros, de los puertos privados de uso público y de los llamados “cuasipúblicos”. Es importante resaltar que el factor “titularidad de la infraestructura” no es un elemento que la normativa regulatoria de OSITRAN considere para efectos de determinar su ámbito de competencia, lo cual refuerza esta postura.

Por su parte, en cuanto al ámbito de competencia de OSITRAN, la LSPN podría presentar una

doble lectura. La primera restringiría el ámbito de actuación del regulador en este sector (artículo 21). Esta posición tendría sustento en la medida que la LSPN contiene un capítulo destinado exclusivamente a describir el ámbito de actuación de las autoridades competentes y otros organismos públicos relacionados al sector portuario. Dicho capítulo, en su artículo 21 establece que el regulador tendrá competencia para determinar el régimen tarifario en terminales de uso público ante la verificación de ausencia de competencia. En este mismo sentido, el artículo 13 de la misma norma precisa que en el caso de los puertos privados de uso público –no menciona a los puertos cuasipúblicos– la autoridad portuaria propondrá a OSITRAN el régimen tarifario aplicable ante la ausencia de competencia. En cuanto a los puertos cuasipúblicos, ni la LSPN ni el RLSPN indican cuál será la intervención de regulador sobre estos terminales.<sup>11</sup> Dicho esto, la primera lectura de la norma es que OSITRAN solo tendrá competencia sobre los puertos privados de uso público –no cuasipúblico- en cuanto al régimen tarifario cuando se verifique la ausencia de competencia.

En principio, podría pensarse que estamos ante un conflicto normativo en la medida que mientras una norma regulatoria (las normas de OSITRAN) establece una serie de facultades aplicables a los puertos de uso público y cuasipúblico, tenemos una norma sectorial de la misma jerarquía (la LSPN) que pareciera circunscribir dichas facultades a una sola facultad. No obstante, en tanto estamos ante dos instrumentos de igual jerarquía normativa, y siendo que la LSPN se considera una norma de carácter especial y además posterior a la Ley de Creación, podría admitirse que la LSPN habría modificado tácitamente a la Ley de Creación limitando su ámbito de actuación sobre este tipo de infraestructura.

Una segunda lectura, implicaría que la LSPN no busca limitar el ámbito de actuación del regulador respecto de la infraestructura portuaria, sino realzar la competencia del regulador en materia tarifaria debido a la importancia de la promoción de la competencia en un sector que funciona sobre la base de facilidades esenciales. Para reforzar esta posición podría alegarse que cuando la LSPN contempla un capítulo de autoridades competentes y otros organismos públicos relacionadas lo hace de manera meramente enunciativa y no taxativa, tanto al enumerar las entidades relacionadas como al describir sus competencias. En efecto, dicho capítulo no contempla autoridades que tienen una injerencia importante en el sistema portuario, tales como la Dirección General de Capitanías y Guardacostas y la Dirección Regional de Sanidad Marítima, esta última encarga de otorgar la Libre Plática necesaria para el atraque de las naves en los

---

<sup>11</sup> Es preciso indicar que el artículo 20 del RLSPN no establece que OSITRAN tendrá algún tipo de intervención respecto de los terminales cuasi públicos. Es el literal m) del artículo 1 del REGOSI el que precisa que estos terminales serían considerados como infraestructura de uso público y como tales pasarían a encontrarse bajo el ámbito de competencia del regulador.

amarraderos de los puertos. Por otro lado, recordemos que el mismo artículo 21 de la LSPN también establece que en cuanto a los concesionarios de infraestructura portuaria, el regulador tendrá competencia para supervisar el cumplimiento de los respectivos contratos de concesión. Sin embargo, en la práctica el regulador no se limita únicamente a supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión, sino que, entre otros, supervisa el cumplimiento de obligaciones no contractuales e incluso interpreta los contratos de concesión, lo cual claramente no es parte ni de su función reguladora ni de la función de supervisar el cumplimiento del contrato de concesión. Actualmente, no existe discusión o controversia sobre los alcances de las funciones del regulador en cuanto a los concesionarios, por lo cual, es claro que el artículo no busca reducir el ámbito de competencia de OSITRAN únicamente a sus funciones reguladoras y de supervisión de los contratos de concesión.

En nuestra opinión, basados en los argumentos descritos, esta segunda lectura sería la más coherente; no obstante, teniendo en consideración lo establecido en la Ley de Creación y normas complementarias, consideramos necesario realizar algunas precisiones que coadyuven a dar claridad respecto a las competencias del regulador en los puertos privados de uso público y los puertos cuasipúblicos.

Así las cosas, si la LSPN no busca restringir el ámbito de actuación del regulador, entonces sería conveniente precisar en el texto de la norma que para el caso de infraestructura portuaria de uso público, OSITRAN tendrá las competencias que establece la Ley de Creación y demás normas complementarias. En el caso de los puertos cuasipúblicos, hemos visto que ni la LSPN ni su reglamento, establecen que OSITRAN tendrá algún tipo de participación en los mismos. Sin embargo, se desprende del REGOSI que tales puertos sí se encuentran dentro del ámbito de competencia del Regulador, por lo que a fin de contar con un marco regulatorio claro, ello debería quedar expresamente establecido en ambas normas.

### **2.3.2 Extralimitación del RLSPN en relación a las condiciones bajo las que los puertos privados de uso privado pueden prestar servicios a terceros no vinculados**

Como ya hemos señalado anteriormente, el artículo 6.2 de la LSPN establece que los terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 de la LSPN. Por su parte, el referido artículo 9 señala que el cambio de uso de exclusivo a general requiere de la modificación de la habilitación, que se

efectúa bajo los criterios que señale el procedimiento establecido en el RLSPN. Asimismo, precisa que la autoridad portuaria podrá denegar la prestación de servicios a terceros en determinados terminales portuarios de titularidad y uso privado, en caso esto afectara el desarrollo de los proyectos contenidos en el PNDP para terminales portuarios de titularidad y uso público. En otras palabras, de acuerdo a la LSPN para que los puertos privados de uso privado puedan prestar servicios a terceros, será necesario que soliciten la modificación de la habilitación portuaria obtenida, pudiendo incluso la autoridad rechazar dicha solicitud en caso se afecte el cumplimiento del PNDP. Sin embargo, el RLSPN no se encuentra alineado con lo dispuesto en la norma, pues de acuerdo a su artículo 19, los puertos privados de uso privado pueden ofrecer sus servicios a terceros no vinculados sin perder su condición de puertos privados de uso privado, precisando que estos no se encuentran sujetos a regímenes tarifarios o de accesos. Como señalamos, esta disposición contravendría directamente lo autorizado por la LSPN que prima sobre el reglamento al ser una norma de mayor jerarquía. Ahora bien, pareciera que para intentar que el RLSPN concuerde con la LSPN en este extremo, se aplica una consecuencia jurídica a aquellos puertos privados de uso privado cuyos servicios portuarios prestados a terceros no vinculados superen un porcentaje determinado respecto del total de volumen anual de carga movilizada. Sin embargo, esta medida no implica un mismo tratamiento respecto de los puertos de uso público, ya que el RLSPN no determina que los puertos cuasipúblicos estarán sujetos al ámbito de competencia de OSITRAN, de hecho, ni siquiera determina que OSITRAN fijará la tarifa aplicable ante la ausencia de competencia. Por el contrario, lo único que establece el RLSPN es que en caso se verifique que existe competencia se desregulará los servicios prestados por puertos de uso público y de no haberla, el puerto de titularidad privada no podrá cobrar precios mayores a aquellos establecidos para servicios portuarios en puertos de uso público en su zona de influencia comercial.

Así las cosas, dado que el RLSPN excede lo permitido por la LSPN es necesario que se adecúe a los parámetros establecidos por ésta o en todo caso, que la misma se modifique.

### **2.3.3. El porcentaje que determina la conversión de un puerto privado a uno público desnaturaliza la figura del puerto de uso privado**

Como ya señalamos, el RLSPN, desconociendo los límites impuestos por la LSPN, ha establecido que los puertos cuasipúblicos podrán prestar servicios a terceros no vinculados, sin necesidad de obtener una autorización para modificar su habilitación portuaria (de uso exclusivo a público). En efecto, el RLSPN establece que estos puertos pueden prestar servicios a terceros no vinculados sin consecuencia alguna, hasta un 75%. Es decir, el titular del puerto privado de uso privado, lo

seguirá siendo, incluso cuando la mayoría de sus operaciones se encuentren destinadas a atender carga de terceros no vinculados. Sin perjuicio de que lo establecido por el RLSPN excedería lo permitido por la LSPN y, como tal, devendría en ilegal, evaluaremos a continuación la razonabilidad del referido porcentaje.

Conforme a lo mencionado anteriormente, mientras que los puertos de uso público actúan como un eslabón de las cadenas logísticas en el comercio internacional, los puertos de uso privado son concebidos como parte de la cadena productiva del propietario. Precisamente, debido a que ambas figuras tienen finalidades distintas, la LSPN establece que si un puerto de uso privado pretende prestar servicios a terceros no vinculados será necesario modificar su habilitación portuaria a fin de pasar a ser un puerto de uso público.

Ahora bien, atendiendo a las entrevistas realizadas durante esta investigación, entendemos que la posibilidad de que los puertos privados de uso privado presten servicios a terceros no vinculados sin necesidad de requerir algún tipo de autorización o trámite, respondía a la considerable brecha de infraestructura portuaria a inicios de la década del 2000, al deficiente estado de conservación y falta de equipamiento adecuado en los terminales portuarios operados por ENAPU, y a que los terminales portuarios de alcance nacional que operaba ENAPU no tenían demanda suficiente para atraer la recalada de naves requeridas por los agentes. En ese sentido, se entiende la lógica detrás de facilitar que los puertos privados atiendan carga de terceros no vinculados, para lo cual, el Estado optó por no imponer algún tipo de carga o procedimiento adicional o especial, para tales efectos. En este orden de ideas, el Estado tenía que establecer un límite hasta el cual el puerto privado pudiese atender la demanda de terceros sin inconveniente alguno, pues de no hacerlo, claramente estaría incumpliendo con la condición impuesta por la LSPN que, recordemos, establecía que el puerto privado podrá prestar servicios a terceros bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público.

Bajo este contexto, nos preguntamos: ¿75%? Y es que el hecho de que tres cuartas partes del total de la carga movilizada corresponda a carga de terceros no vinculados refleja que el puerto ya no se dedica a atender su propia carga sino la de terceros no vinculados. ¿Cuál es el porcentaje adecuado que no desnaturalice la figura de los puertos privados? Definitivamente menos del 50%, pues no tendría sentido que un puerto siga siendo calificado como privado cuando la mayoría de la carga movilizada no es carga propia.

Por otro lado, una de las justificaciones para facilitar la atención de carga de terceros era generar inversión para reducir la brecha de infraestructura portuaria. Los hechos evidencian que con

posterioridad a la entrada en vigencia del RLSPN, 19 inversionistas obtuvieron la habilitación portuaria necesaria para construir puertos privados de uso privado (anexo 2), sin embargo, dado que advertimos que la información remitida a la APN en cuanto a la titularidad de la carga operada en los 19 terminales privados indicados no es confiable, no podemos afirmar que exista una relación entre el incremento de inversión en infraestructura portuaria privada y la posibilidad de prestar servicios a terceros no vinculados sin restricciones. En ese sentido, si la estadística obtenida que evidenciaría que los puertos privados no prestan servicios a terceros, fuera real, podríamos concluir que la posibilidad de prestar servicios a terceros no fue un factor para que el inversionista opte por invertir en infraestructura portuaria. Si las estadísticas hubieran presentado porcentajes sustanciales respecto de la carga de terceros no vinculados, ello sería un indicador necesario, mas no suficiente para afirmar que la posibilidad de prestar servicios a terceros no vinculados fue un factor determinante para la inversión en infraestructura. Sin perjuicio de ello, es preciso comentar, que los expertos en la materia que fueron entrevistados durante la presente investigación, coincidieron en que la medida adoptada no habría cumplido con este objetivo.

El segundo objetivo estaba vinculado a cubrir la demanda insatisfecha. Al respecto, la estadística correspondiente al año 2016 (anexo 3) evidenciaría que únicamente un terminal privado de uso privado habría movilizado carga de terceros no vinculados, y que dicha carga ascendería al 3,66% del total de carga movilizada en dicho terminal. Sin embargo, como veremos en el siguiente punto, la carga que opera el Terminal TP Southern Perú – Ilo no constituye demanda que con anterioridad a la norma se encontraba insatisfecha, por lo que no podría afirmarse que la posibilidad de prestar servicios a terceros no vinculados haya generado la satisfacción de dicha demanda. Siendo ello así, si la estadística fuera correcta, no se habría cumplido con este objetivo. Sin embargo, tenemos conocimiento que terminales de carga líquida ubicados en el puerto del Callao, prestan servicios a terceros no vinculados sin reportarlo de dicha manera. Por su parte, el Terminal TLT de propiedad del grupo Romero, opera carga de terceros vinculados al prestar servicios a uno de los operadores logísticos del grupo; sin embargo, lo cierto es que estos operadores logísticos no transportan carga propia en su totalidad, sino también carga de terceros no vinculados. En ese sentido, si bien en estricto TLT presta servicios a empresas vinculadas, la carga que transporta es, en parte, carga de terceros no vinculados. Bajo este contexto, sería necesario identificar si la carga de terceros que operan estos terminales realmente constituye demanda insatisfecha o si se trata de demanda que ya se encontraba cubierta con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley; y en el caso particular de TLT, si dicha carga responde a i) el “efecto boliviano” o ii) a la “optimización de grupo empresarial”.

Un tercer objetivo, al que no nos habíamos referido con anterioridad, está relacionado a solucionar un problema concreto y real que se presentó bajo la coyuntura de la confección de la LSPN. Y es que al momento de la publicación de la LSPN tanto Cementos Lima como Southern Perú<sup>12</sup> ya brindaban servicios a terceros debido a que los terminales públicos operados por ENAPU en la zona de influencia de dichos terminales (ENAPU Ilo y ENAPU Callao) no brindaban un servicio adecuado. Por ende, una vez que la LSPN es publicada, ante la exigencia de modificar la habilitación portuaria (de uso exclusivo a general) para poder prestar servicios a terceros y ante la resistencia de estos terminales a tener que convertirse en un puerto de uso público para poder atender esta demanda, el Estado decidió permitir y facilitar a través del RLSPN que los puertos privados puedan prestar servicios a terceros sin necesidad de realizar ningún tipo de trámite y sin alterar su condición de puerto privado de uso privado. En este escenario, si bien en su momento, este objetivo fue alcanzado, al día de hoy ha perdido relevancia en la medida que hay nuevos terminales públicos que pueden atender eficientemente esta demanda.

Finalmente, respecto de este punto no está demás mencionar algunas incongruencias menores que se advierten en la redacción del artículo 20 bajo comentario:

- El segundo párrafo del artículo empieza refiriéndose a “porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados”. Es decir, hace referencia a la cantidad de solicitudes de servicios atendidas. Sin embargo, luego indica que dicho porcentaje referido a número de solicitudes de servicios, no puede ser superior al 75% del volumen anual de carga movilizada. Es decir, exige la comparación de número de solicitudes de servicios contra el volumen de carga movilizada, lo cual es inviable al ser unidades de medición incompatibles.
- Cuando la norma habla de volumen, en sentido estricto debería referirse a “espacio ocupado” medido en metros cúbicos. De hecho, el RLSPN contempla la obligación de los administradores portuarios de enviar a la APN la información referida al volumen anual de carga movilizada. No obstante, al revisar las estadísticas advertimos que los administradores portuarios no remiten la información de volúmenes sino de pesos medidos en toneladas métricas.

Por ende, se advierte que: i) la APN no está exigiendo lo que señala la norma en cuanto al reporte de información; ii) los Administradores portuarios no están reportando volumen conforme a lo

---

<sup>12</sup> A modo de ejemplo, tenemos el caso del Terminal TP Southern Perú – Ilo. Si bien podría pensarse que la carga del ámbito de influencia de dicho terminal (distinta a la carga propia de Southern Perú) podría transportarse a través del Puerto de Ilo operado por ENAPU, lo cierto es que en la práctica dicho puerto no atrae las naves necesarias para poder atender la carga de exportación de dicha zona. Gracias a que es posible prestar servicios a terceros no vinculados, los usuarios pueden recurrir a Southern Perú a fin de que esta les de salida a su carga únicamente en las naves que llegan al terminal para transportar su carga. Así, dicho terminal se convierte en una alternativa para cubrir la necesidad de comercio exterior de la zona.

indicado en la norma; y iii) aun cuando reportaran el volumen movilizado, la APN no tendría cómo medir el 75% ya que la norma habla de servicios prestados.

Finalmente, no podemos dejar de comentar el sinsentido del penúltimo párrafo del artículo objeto de análisis. En efecto, la norma establece que cuando se verifica la inexistencia de competencia 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. Es decir, la norma presupone que a pesar de no existir competencia sí existe al menos un terminal portuario de uso público en la zona de influencia, lo cual no es necesariamente cierto. Veamos los posibles casos de inexistencia de competencia. Supongamos que tenemos un puerto privado de graneles líquidos:

Supuesto de inexistencia de competencia	Aplicación de la norma
No existe un puerto de uso público dentro de la zona de influencia comercial.	Inaplicable. No habría tarifa tope.
Existe un puerto de uso público dentro de la zona de influencia comercial, pero este no cuenta con infraestructura para realizar operaciones con graneles líquidos debido a que es un puerto de contenedores.	Ineficiente e incluso inaplicable. No podría aplicar como tarifa tope a las operaciones de graneles líquidos, aquella que corresponde a las operaciones de contenedores. Son servicios con estructuras de costos y actividades operativas diferentes.
Existe un puerto de uso público dentro de la zona de influencia comercial, que cuenta con infraestructura para atender el mismo tipo de carga que el puerto privado, pero no es competencia debido a la reducida capacidad de infraestructura en comparación con la demanda.	Solo en este caso la norma tiene sentido.

Así, podemos concluir que cuando se determina la inexistencia de competencia solo en un caso (el menos común y más controversial) la norma resultaría coherente y de utilidad.

#### 2.3.4 Niveles de servicio

Como se sabe, en la actualidad los únicos terminales portuarios a quienes se les exige el cumplimiento de niveles de servicio y productividad (NSP) son los terminales concesionados a favor del sector privado. En tales casos, los NSP se encuentran impuestos a través de los contratos de concesión. Los puertos de uso público operados por ENAPU no cuentan con NSP. Ahora bien, el artículo 13.7 del REGOSI contempla como parte de la función normativa de OSITRAN, la emisión de reglamentos y otras normas de carácter general, referidos a estándares de calidad de la Infraestructura y de los servicios que se encuentren bajo competencia del OSITRAN. Ello incluye la fijación de indicadores técnicos de medición o el uso de indicadores referidos al grado de satisfacción de los Usuarios. En ese sentido, la norma habilita a OSITRAN a fijar NSP con

carácter general, es decir, niveles de servicio aplicables a terminales con las mismas características. La norma no habilita a OSITRAN a fijar NSP “a la medida” de cada terminal. No obstante, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de uso Público aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 035-2017-CD-OSITRAN el pasado 12 de octubre de 2017, establece en el literal f) del artículo 7 que “en el caso de las entidades prestadoras que no se rigen por contrato de concesión, la calidad y nivel de servicio son los que establezca el OSITRAN luego de realizar la medición del nivel de servicio”. Dado que los administradores de los puertos privados de uso público y de los puertos cuasipúblicos son considerados entidades prestadoras que no se rigen por contrato de concesión, éstos se encontrarán sujetos a los NSP que OSITRAN establezca para ellos luego de la medición de su productividad. Esto significa que OSITRAN pretendería imponer NSP de manera individual y no general como lo habilita la norma.

Consideramos importante mencionar que la fijación de NSP no responde a la existencia o no de competencia sino a garantizar un estándar mínimo de calidad debido a la naturaleza de servicio público y a uno de los objetivos de la política pública portuaria que no es otra cosa que la búsqueda de la competitividad de los puertos nacionales. Siendo ello así, aun cuando el Reglamento de Usuarios extralimita lo autorizado por el REGOSI, consideramos positivo que se haya materializado la fijación de estándares mínimos de calidad tanto para puertos de titularidad y uso público como ENAPU, como para los puertos privados de uso público y para los cuasipúblicos.

### **3. Experiencia en otros países**

En Chile hoy en día existen puertos públicos, puertos privados de uso público y puertos privados de uso privado. En rigor los puertos privados han surgido y han sido permitidos debido a la necesidad e inexistencia de puertos públicos en algunas zonas. Al 2015 en Chile el sistema portuario agrupaba 56 puertos: 10 puertos públicos, 14 puertos privados de uso público, y 32 puertos o muelles privados de uso privado.

En Chile actualmente existe una desigualdad en cuanto a la regulación de puertos privados de uso público y puertos públicos, ya que los primeros no están sujetos a regulación tarifaria ni al cumplimiento de condiciones como las estipuladas en los contratos de concesión establecidas para los segundos. De hecho, los puertos se crean de manera diferente y son autorizados por entidades distintas, según sean públicos, privados de uso público, y privados para uso privado, los cuales (estos últimos) solo atienden las necesidades y requerimientos de carga y descarga para el uso o consumo particular de la empresa que los creó<sup>13</sup>. En efecto, cada uno tiene sus propias

---

<sup>13</sup> Informe final – sistematización normativa portuaria.

regulaciones lo que puede generar desventajas para la competencia entre estos terminales. En ese sentido, actualmente en Chile se habla de la recomendación y conveniencia de que los puertos, sean de la clase que sean, estén sujetos a las mismas regulaciones, ya que de lo contrario, se afectaría la competencia.

Analizando el caso chileno más allá de la regulación tarifaria y de lo que un puerto privado de uso privado está autorizado a hacer y a quién atender, incluso se puede observar que existe un grado de intervención o actuación desigual por parte de la Aduana en cuanto a su rol fiscalizador en los puertos públicos estatales en comparación con los puertos privados, donde las actividades de control son menores y hasta inexistentes. Hay quienes argumentan que ello de alguna manera también propicia una competencia desleal.

Al situarnos en el contexto aduanero, se argumenta que existen varias falencias, sobretodo en el ámbito de los puertos privados. Esta situación ocasiona problemas de fiscalización, con la consecuente posibilidad de que se cometan infracciones a la normativa aduanera que quedan sin ser debidamente investigadas y sancionadas.

Ahora bien, para habilitar un puerto privado deben cumplirse varias exigencias técnicas relacionadas con la política sobre uso del borde costero, más otros requisitos de impacto ambiental, de infraestructura, de seguridad de las instalaciones, de fluidez en el acceso vial y armonía del entorno entre ciudad y puerto, de contaminación acuática, del tráfico internacional de naves, etc., que se encuentran contenidas en varias normas reglamentarias y convenios internacionales, que principalmente son supervisadas por la Autoridad Marítima a través de la DIRECTEMAR (Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante). Asimismo, debe requerirse ante el Servicio Nacional de Aduanas la habilitación para actuar como almacenista.

En el caso de los puertos privados se pueden identificar 4 tipos de regulaciones normativas que los rigen, relacionados con las funciones que pueden realizar:

- De la habilitación para operar como puerto o terminal marítimo.
- De la delimitación de las áreas de los puertos marítimos privados.
- De la habilitación para operar como almacenista.
- De la autorización para el intercambio electrónico de información o interoperabilidad.

Como se puede apreciar, existen regulaciones para los puertos privados, pero son regulaciones que también son impuestas a los puertos públicos, sin embargo, al igual que en Perú, no existe

una regulación tarifaria para los puertos privados.

Cabe destacar que los puertos privados existentes en Chile presentan las siguientes características:

- En la gran mayoría de los casos los puertos privados operan para el embarque de concentrado de minerales hacia el exterior, o de combustible para rancho de naves, es decir, para mercancías de exportación.
- Son puertos que generalmente operan respecto a un único producto, ya sea de importación o exportación.
- En un alto porcentaje, el Servicio de Aduanas no cuenta con personal permanente ni oficinas en estos puertos; solo se concurre a ellos cuando corresponde efectuar inspección a alguna exportación que haya salido sorteada para efectuar dicha operación.
- Solo en 3 de los 58 puertos privados habilitados a lo largo del país, el almacenista instalado en dichos puertos ha sido habilitado por el Servicio Nacional de Aduanas, y pueden por lo tanto, realizar el embarque y desembarque de todo tipo de mercancías, contando con funcionarios de aduanas de forma permanente.

Es importante señalar, que los puertos privados solo deben cumplir con las condiciones que pueda exigir DIRECTEMAR destinadas a garantizar la seguridad y la movilidad dentro de los puertos. En conclusión, vemos que en Chile, tal como se ha podido apreciar, existe desigualdad normativa en cuanto a regulación tarifaria, y otros aspectos, entre puertos privados y puertos de titularidad pública, siendo que los puertos privados ni siquiera tienen normas que los regulen en ese aspecto, lo que permite hablar de una competencia injusta. Chile no cuenta a la fecha con una Ley General de Puertos, y su existencia es necesaria.

La experiencia y normativa en Chile respecto a puertos privados, no puede ser de mucha utilidad para entender qué es lo que pasa en Perú sobre la misma materia. Lo que sí podemos rescatar es que en Chile tienen bien claro que un puerto privado de uso privado solo debe atender las necesidades logísticas de la empresa que los creó (y de las empresas relacionadas) y por eso en este país solo empresas mineras o generadoras de energía tienen y operan puertos privados de uso privado, por el volumen y la complejidad logística de esas actividades y productos.

#### **4. Propuesta**

##### **4.1 Los servicios portuarios que prestan los puertos de uso público y cuasipúblico deben ser calificados como servicios públicos**

Como ya se ha señalado, los servicios públicos son actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, de especial interés general, y esenciales para el desenvolvimiento de

la vida en sociedad. En ese sentido, consideramos que en la medida que los servicios portuarios son actividades que permiten el intercambio de productos que resultan indispensables para el desarrollo de la sociedad, constituyen actividades de interés general. Más aún, de no existir los puertos, la sociedad como la conocemos hoy en día, sería impensable. Una sociedad cuya cadena logística no admite el intercambio modal no podría prosperar.

En ese sentido, nos encontramos parcialmente de acuerdo con lo establecido en la Trigésima Disposición Transitoria y Final de la LSPN incorporada a través del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 1022, que califica como servicio público la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público. De acuerdo a esta norma por ejemplo, los puertos de titularidad privada y de uso público no prestarían servicios públicos. Entendemos que la norma, al restringir la calificación del servicio público a la titularidad estatal de la infraestructura, busca garantizar la continuidad de la prestación del servicio, que es precisamente una de las características esenciales para calificar una actividad como servicio público. No obstante, consideramos que la continuidad del servicio público no se alcanza exclusivamente a través de la propiedad estatal de la infraestructura. De hecho, si nos remitimos al artículo 61 del RLSPN advertimos que los servicios portuarios, más allá de dónde se presten, tendrán que prestarse en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no-discriminación. En ese sentido, es claro que la continuidad de un servicio público no justifica la exigencia de la propiedad estatal sobre la infraestructura.

Por el contrario, consideramos que la calificación de servicio público sí tiene una relación directa con la condición de uso público de la infraestructura. En efecto, a diferencia del uso exclusivo, la condición de uso público de acuerdo a la LSPN implica la obligatoriedad de la prestación del servicio cada vez que un usuario lo solicite. Asimismo, el artículo 14.3 de la LSPN precisa que los administradores portuarios de puertos de uso público (sin importar la titularidad de éstos) están prohibidos de aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre usuarios del puerto u operadores portuarios que sean competidores, lo cual nos remite a otra característica esencial del servicio público, que es la igualdad. De igual manera, el artículo 62 del RLSPN establece que los servicios prestados en los puertos de titularidad pública o privada de uso público se deben desarrollar en un marco de libre y leal competencia con la finalidad de fomentar el incremento de los tráficos portuarios y la mejora de la competitividad. Esto nos recuerda a la progresividad, elemento esencial que implica que el servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible. En cuanto a la continuidad, adicionalmente a lo ya mencionado, tenemos que se desprende del artículo 26 del

Reglamento de Usuarios, que los servicios portuarios prestados por entidades prestadoras (que pueden ser de titularidad pública o privada) solo podrán suspenderse por determinadas causales (ninguna a discreción de la Entidad Prestadora) lo que evidencia la intención del Estado por garantizar la continuidad de los servicios. Finalmente, la regularidad no solo se encuentra recogida en el mencionado artículo 61 del RLSPN (aplicable tanto a puertos de uso público como privado) sino también en literal f) del artículo 7 del RUTAP que establece que los usuarios tienen derecho a exigir a las entidades prestadoras la prestación de servicios de calidad y cobertura conforme lo establecido en las normas vigentes. Recordemos que en caso las entidades prestadoras no se rijan por un contrato de concesión (como es el caso de los puertos privados de uso privado y público) la calidad y nivel de servicio serán los que establezca OSITRAN luego de realizar la medición del nivel de servicio.

Como podemos ver, es la condición de uso público en los términos establecidos en nuestro actual ordenamiento jurídico, la que reúne todas las características propias de los servicios públicos. Podemos concluir entonces que en el caso de los servicios portuarios, lo que realmente determina si éstos son o no servicios públicos es su condición de uso público y no la titularidad de la infraestructura. Por ende, los servicios portuarios de uso público independientemente de quien sea el titular de la infraestructura, son, en nuestra opinión, servicios públicos. Dicho esto, proponemos modificar la Trigésima Disposición Transitoria y Final de la LSPN en los términos descritos en el anexo 4.

#### **4.2 Es recomendable que los puertos privados puedan prestar servicios a terceros no vinculados, hasta determinado límite, sin necesidad de convertirse en puertos de uso público**

Ahora bien, un siguiente aspecto a considerar es determinar la conveniencia de permitir que puertos de titularidad y uso privado presten servicios portuarios a terceros no vinculados. Sobre el particular concordamos con las razones expuestas en el numeral 2.2 del presente trabajo, que justificaron la emisión de la LSPN considerando tal posibilidad.

Sin perjuicio de ello, consideramos importante comentar y desvirtuar la posición de los sindicatos de los trabajadores portuarios de ENAPU quienes sostenían que permitir que los puertos privados atiendan carga de terceros implicaba desviar la demanda de ENAPU y en consecuencia, poner en riesgo sus trabajos. Al respecto, consideramos que ello no era realmente así ya que la demanda que podía atender los puertos privados de uso privado no era demanda que podía haber sido satisfecha a través de un puerto público; justamente, si el usuario buscaba a un puerto privado era debido a que el puerto público o bien no podía atender la demanda o bien no tenía las instalaciones

adecuadas. Ejemplo de ello es el caso de Southern Perú, donde el usuario utiliza la infraestructura portuaria privada debido a que las naves que llegaban (y que aún llegan) al Puerto de Ilo son muy pocas (o ninguna) debido al poco volumen de carga a movilizar. En ese sentido, a fin de buscar una alternativa de salida y ante la ausencia de naves, el usuario solicitaba los servicios de Southern Perú a fin de poder movilizar su carga en los espacios remanentes de las naves que atracaban para movilizar la carga propia de Southern Perú.

Habiendo determinado entonces que resulta conveniente que los puertos privados puedan prestar servicios a terceros no vinculados advertimos que resultaría necesario modificar el artículo 6 numeral 2 de la LSPN en la medida que éste establece que los terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 de la LSPN. Es decir, la LSPN establece que para prestar servicios a terceros el puerto privado tendría que convertirse primero en uno de uso público, lo cual no solo no responde a la realidad actual ni al espíritu de la norma sino que implicaría un claro desincentivo para aquellos terminales, que como Southern Perú S.A., colaboren con la comunidad para dar una alternativa de salida a la carga y el consecuente desarrollo de su economía. En ese sentido, consideramos necesario modificar el referido artículo de manera que se permita a los puertos privados de uso privado atender carga de terceros no vinculados sin la necesidad de modificar su habilitación y convertirse en un terminal de uso público.

#### **4.3 El límite entre el servicio portuario privado y el servicio público debe ser el 50% de carga de terceros no vinculados en términos de peso**

Ahora bien, si bien somos de la opinión que resulta conveniente permitir que los puertos privados de uso privado presten servicios a terceros sin necesidad de convertirse en puertos de uso público, lo cierto es que debe haber un límite a fin de evitar desnaturalizar la razón de ser del puerto privado de uso privado que, recordemos, es completar la cadena productiva del propietario.

Cuando un puerto privado se concibe como uno de uso privado, en principio, no cabría análisis respecto de si éste ostenta o no posición de dominio o si éste constituye o no un monopolio natural. En un puerto de uso público, en cambio, en la medida que tiene la obligación de prestar servicios a todo usuario que lo requiera, sí será necesario realizar un análisis respecto a la existencia o no de un monopolio y de un posible abuso de posición de dominio con la consecuente necesidad de regular. En este caso el problema es determinar a partir de cuándo debe analizarse si es que el puerto privado puede prestar servicios a terceros.

Como ya vimos, la propuesta del legislador fue establecer el siguiente límite: el porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados que supere el 75% del volumen anual de carga movilizada en las instalaciones portuarias. En nuestra opinión dicho porcentaje no solo es excesivo, sino que la unidad de medida resulta inapropiada para la finalidad.

Respecto al porcentaje consideramos que las tres cuartas partes del volumen de carga movilizada, esto es, casi su totalidad, desnaturaliza la figura y finalidad de los puertos privados de uso privado. En este escenario la excepción que era la atención de carga de terceros no vinculados, termina convirtiéndose en la regla general.

Recordemos también que sobrepasar el porcentaje fijado, de acuerdo a la normativa, implica la aplicación de un marco regulatorio distinto al considerar que superado el porcentaje estamos ante servicios de uso público, que conforme a lo señalado en líneas precedentes, en nuestra opinión, deberían calificarse adicionalmente como servicios públicos. En ese sentido, la calidad de servicio público amerita un marco regulatorio diferenciado de aquellos que no lo son, por lo que la fijación de un porcentaje adecuado es de vital importancia.

Dicho esto, ¿qué podríamos considerar como un porcentaje adecuado? Determinar el porcentaje idóneo resulta una tarea por demás compleja; prueba de ello es que al momento de la elaboración del RLSPN se manejaron diversas alternativas que iban desde 0%<sup>14</sup> hasta 75% pasando por el

---

<sup>14</sup> Lo cierto es que existen muchas posiciones y justificaciones para determinar este porcentaje. Como ya señalamos anteriormente, durante las reuniones previas a la promulgación del RLSPN los trabajadores de ENAPU sostuvieron permanentemente que el puerto privado de uso privado no debería brindar servicio alguno a terceros no vinculados, por lo que el porcentaje propuesto por ellos era cero. Esta posición respondía al temor de perder sus puestos de trabajo debido a la competencia que un puerto privado que diera servicios a terceros no vinculados pudiera ejercer sobre los puertos públicos de uso público operados por ENAPU. La misma posición proteccionista ha sido adoptada por Chile, donde si el operador portuario opta por constituirse como un puerto privado de uso privado no podrá prestar servicios a terceros. Solo en caso obtenga una autorización como puerto privado de uso público, éste podrá atender carga de terceros. Mencionamos el caso chileno en tanto en ambos casos estamos ante países mineros, vecinos y algunos de sus puertos incluso compiten el uno con el otro. No obstante, la realidad no es la misma. En el caso del puerto de Ilo por ejemplo, que fue un aspecto esencial para la determinación del porcentaje contemplado en el RLSPN, se demostró claramente que es social y económicamente conveniente que un puerto privado de uso privado dé servicios a terceros no vinculados. Era y sigue siendo un hecho que el movimiento y el volumen generado por Southern Peru es tan elevado que siempre hay naves que recalán en ese puerto privado de uso privado. También es un hecho que hay muy pocas naves que encuentran viable las recaladas en el puerto público de Ilo, administrado actualmente por ENAPU. En ese sentido, si el puerto privado de uso privado de Southern Peru no pudiese atender a terceros no vinculados, los agentes de la zona que necesitan un punto de salida o entrada para sus productos, tendrían que usar otro puerto público que por la distancia resultaría más costoso y que en este caso sería el puerto público de Matarani o de Pisco o del Callao. La realidad es que hoy en día tienen esas posibilidades, y el hecho que lo hagan vía el puerto privado de uso privado de Southern significa que eso es lo que más les conviene económicamente y que es la mejor alternativa que tienen esos productores de la zona. En este caso no se trata de una situación motivada por Southern, sino más bien un pedido de los productores, siendo que dicho puerto no es el único que se encontraría en esa situación. Al igual que en Chile, en Perú también hay puertos privados de uso privado que debido al producto al que se dedican no pueden darle servicio más que a su propio producto, pero si un puerto privado de uso privado tiene la posibilidad

30% y 50%, habiéndose optado finalmente por el mayor porcentaje. No obstante esta dificultad, consideramos que en ningún caso es aceptable un porcentaje superior al 50%, sea que se trate de volúmenes, ingresos o cualquier otra unidad de medida. En efecto, no podría sostenerse que un puerto cuya mayoría de carga movilizada (más de la mitad) corresponde a operaciones realizadas con terceros no vinculados, mantiene como objeto principal constituir un eslabón más en la cadena productiva. Desde el momento en que la mayor parte de la carga que moviliza no es de su propiedad ni de terceros vinculados a este se presenta un indicio evidente de que en los hechos, la carga ajena juega un rol predominante en la esencia del terminal. Como ya señalamos, ni la LSPN ni el RLSPN tienen un antecedente o fundamento económico que sustente la fijación del 75%, lo cual constituye una clara limitación para efectos de la determinación del porcentaje adecuado. Sin embargo, resulta lógico afirmar que la naturaleza de algo no puede ser definida por el componente minoritario. Por ende, si el puerto privado quiere seguir siendo calificado como de uso privado el porcentaje de atención de carga de terceros no vinculados no puede ser mayor al 50%.

Al respecto, si bien no advertimos un caso similar en otras industrias, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos (Resolución SMV 019-2015-SMV-01) contiene un criterio de cómputo que puede ser aplicable al caso bajo análisis. Así, el artículo 4.2.1 indica que “Cuando la primera participación sea mayor a cincuenta por ciento (50%), se debe considerar que es cien por ciento (100%) para efectos del cálculo de la propiedad indirecta”. Continúa diciendo que “Dicho criterio se seguirá aplicando a las siguientes participaciones siempre que sean mayores a cincuenta por ciento (50%)...”. Haciendo un símil con el caso en cuestión, el porcentaje no debería ser superior al 50% y que, en todo caso por lo pronto, ese era el porcentaje correcto para ser definido. Queda claro que para la normativa peruana, si se traspasa el 50%, se considera que el control y la vinculación son absolutos y se considera que es como si fuese el 100%. Llevado a nuestro caso, de manera análoga, es como decir, que si un puerto privado de uso privado da servicios a terceros no vinculados (lo que hace un puerto de uso público) por más del 50%, pues entonces se debe considerar que se trata de un puerto público. En conclusión, el porcentaje definitivamente no puede ser mayor al 50% por un tema de desnaturalización.

Pero esta norma de la SMV también nos ayuda a definir que no sea un porcentaje menor. Porque si el traspasar el 50% significa para la normativa peruana aplicada analógicamente que se trata de un puerto de uso público, también tácitamente dice que si no se traspasa ese porcentaje la situación

---

de darle servicio a un tercero no vinculado que se lo pide, no vemos la razón o justificación para no permitirlo. Además siempre puede existir una situación de eventualidad o de fuerza mayor que tampoco debe ser dejada de lado.

no se encuentra desnaturalizada y efectivamente aún podemos hablar de puertos privados de uso privado. En definitiva, para ser consistentes con la normativa actual, hemos decidido proponer que el porcentaje decisivo sea 50%.

En cuanto a la unidad de medida utilizada, ya hemos comentado anteriormente que la comparación de un número de solicitudes (porcentaje de servicios portuarios prestados) contra el volumen de carga movilizada resulta inviable por tratarse de unidades de medición incompatibles. Adicionalmente, hemos señalado que hoy en día no solo es más común medir los pesos sino que además resulta mucho más sencillo que calcular volúmenes. Más aún, actualmente los terminales reportan pesos y no volúmenes. En ese sentido, consideramos que la unidad de medida más adecuada no es ni la cantidad de servicios portuarios ni el volumen de carga movilizada sino más bien toneladas métricas que es una unidad difícil de manipular e influir. Alternativamente podría pensarse que comparar los ingresos percibidos por los servicios prestados sería una opción viable; sin embargo, desde el momento que la carga propia no supone un ingreso para el administrador portuario, la comparación se ve distorsionada y por ende descartada.

Así las cosas, en nuestra opinión, si en un terminal portuario de titularidad privada y uso privado se moviliza más del 50% de carga de terceros no vinculados en términos de peso (TM) deberá considerarse que se ha convertido en un puerto de uso público que presta servicios públicos.

#### **4.4 La prestación de los servicios deberá darse bajo el mismo marco regulatorio aplicable a los puertos de uso público**

Como ya señalamos, sobrepasar el porcentaje indicado implica la aplicación de un marco regulatorio diferenciado. El RLSPN aparentemente establece como única consecuencia la verificación de existencia de competencia a fin de determinar si tendrá que aplicarse una tarifa tope al puerto privado. En efecto, el artículo 20 del RLSPN señala que una vez que se verifique que se ha sobrepasado el 75%, INDECOPI deberá determinar si existe o no competencia entre los servicios prestados por los puertos de uso público y los puertos de uso privado en la zona de influencia comercial. Si se verifica que hay competencia el puerto público será desregulado, mientras que si se determina que no la hay entonces el puerto privado no podrá cobrar por los servicios que presta a terceros no vinculados precios superiores a los establecidos para servicios portuarios en puertos de uso público en su zona de influencia comercial.

Somos de la opinión que lo expuesto se aparta de la habilitación que hace la LSPN al permitir que los puertos de titularidad y uso privado presten servicios a terceros ya que la norma señala

claramente que éstos (los puertos de titularidad y uso privado) podrán hacerlo bajo el mismo tratamiento que aquellos de uso público siendo de aplicación el artículo 9 de la LSPN. Recordemos que el referido artículo establece que el cambio de uso privado a público requiere de la modificación de la habilitación, por ende, de una lectura conjunta se desprende que para que un puerto privado pueda prestar servicios a terceros tendría que solicitar la modificación de su habilitación y en todo caso, de no afectarse el diseño de la infraestructura, deberá modificar la licencia portuaria. De ello se desprende: 1) el puerto privado podrá prestar servicios a terceros bajo las mismas condiciones y regulaciones que el puerto de uso público, y 2) el puerto privado de uso privado solo podrá prestar servicios a terceros si se convierte en uno de uso público.

Como ya señalamos, estamos de acuerdo con que los puertos privados puedan prestar servicios a terceros no vinculados a fin de cubrir demanda no atendida, sin embargo, consideramos que la aplicación del marco regulatorio correspondiente a los puertos de uso público debe serles aplicable solo desde el momento en que el servicio prestado se convierte en un servicio público. Ello precisamente a fin de no desalentar la colaboración del sector privado en el desarrollo comercial de la zona de influencia. En ese sentido, consideramos que el puerto privado de uso privado solamente deberá modificar su habilitación o licencia si el servicio que presta es calificado como un servicio público. En estos casos, la prestación del servicio deberá darse bajo el mismo marco regulatorio aplicable a los puertos de uso público. Si el puerto privado de uso privado, por el contrario, presta servicios que no califican como servicios públicos, no requerirá realizar el cambio de habilitación ni solicitar ninguna autorización en particular.

Nuestra propuesta se condice con lo establecido tanto en la Ley de Creación y en el REGOSI en la medida que la infraestructura portuaria de uso público (incluyendo aquella referida en el artículo 20 del RLSPN) se encuentra bajo el ámbito de OSITRAN. En efecto, el comentado artículo 20 pareciera limitar las consecuencias de sobrepasar el referido porcentaje única y exclusivamente a la fijación de un tope tarifario, contraviniendo no solo lo establecido en la LSPN en cuanto al tratamiento igualitario respecto de los puertos de uso público, sino en la Ley de Creación y en el REGOSI en cuanto al ámbito de aplicación de OSITRAN.

Sin perjuicio de ello es importante tener en cuenta que de acuerdo al literal m) del artículo 1 del REGOSI los puertos de titularidad privada que sobrepasen el porcentaje del 75% contemplado en el artículo 20 del RLSPN son considerados como infraestructura sujeta al ámbito de OSITRAN. Asimismo, debe considerarse que de acuerdo al artículo 4 de la Ley de Creación, OSITRAN será competente respecto de la infraestructura portuaria de carácter nacional; no obstante, la

clasificación de los puertos como “nacional” o “regional” se encuentra dada por el artículo 21 del RLSPN, el que se refiere únicamente a puertos de titularidad pública. En ese sentido, sería necesario precisar en el RLSPN en qué casos los puertos cuasipúblicos serán considerados como nacionales y por ende, quedarán bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN.

Finalmente, consideramos importante comentar que el pasado 12 de octubre de 2017 fue publicado el nuevo RUTAP, el que, a diferencia de la versión anterior, incluye en el literal f) del artículo 7 como parte del derecho a exigir la calidad del servicio, que en los casos en que las entidades prestadoras no se rijan por contrato de concesión, la calidad y NSP serán los que establezca el OSITRAN luego de realizar la medición del NSP. En el caso del sector portuario, dicho artículo sería de aplicación precisamente a los puertos cuasipúblicos cuyo título habilitante no es un contrato de concesión. De acuerdo a la norma, en tales casos será OSITRAN quien luego de una medición inicial, determinará el NSP que la entidad prestadora deberá cumplir. Ello refuerza, en primer lugar, que debido a la naturaleza de servicio público de los servicios portuarios prestados por los puertos cuasipúblicos, el Estado debe garantizar la “regularidad” de éstos, es decir, que éstos se presten con una calidad mínima. En segundo lugar refuerza lo dispuesto en el artículo 6 de la LSPN en el sentido que los servicios portuarios prestados por puertos cuasipúblicos deben prestarse bajo las mismas condiciones que aquellos de uso público, lo cual precisamente incluye NSP.

## Conclusiones y recomendaciones

### 1. Conclusiones

- La LSPN y el RLSPN no conversan con la Ley de Creación, con el REGOSI ni con la normativa emitida por OSITRAN, en cuanto a las competencias del regulador respecto de los puertos privados de uso público e incluso de los cuasipúblicos. La LSPN y el RLSPN solo conciben la participación del Regulador para efectos de la fijación tarifaria en los casos de puertos de uso público en ausencia de competencia, excluyendo a los puertos cuasipúblicos; mientras que la normativa del regulador incluye dentro de su ámbito de competencia a las entidades prestadoras que comprenden a los puertos de titularidad privada de uso público y a los puertos cuasipúblicos.
- El RLSPN excede lo autorizado por la LSPN en la medida que esta solo permite que los puertos privados de uso privado presten servicios a terceros no vinculados bajo las mismas condiciones que aquellos de uso público, exigiendo para tal efecto la modificación de la habilitación portuaria; mientras que, el RLSPN permite la prestación de tales servicios sin necesidad de modificación ni restricción alguna, salvo que se sobrepase el 75% del volumen anual de la carga movilizada en las instalaciones del terminal, en cuyo caso solo se impondría una restricción de tarifas máximas de no verificarse la existencia de competencia. Más aún, ni siquiera cuando el porcentaje es superado, el RLSPN equipara al puerto privado con uno de uso público.
- El RLSPN adolece de vacíos e incongruencias, entre otros, en relación con los siguientes aspectos:
  - El RLSPN establece que cuando los puertos privados sobrepasen el porcentaje indicado se tendrá que evaluar si existe competencia de puertos de uso público dentro de la zona de influencia comercial, siendo que, de no haber competencia el puerto privado no podrá cobrar por los servicios portuarios precios superiores a los del puerto de uso público. Sin embargo, ante la inexistencia de terminales públicos dentro de la zona de influencia comercial (supuesto más probable de ausencia de competencia), el terminal privado no tendría precio tope al que sujetarse, lo cual constituye un vacío normativo.
  - La LSPN delega al RLSPN el alcance de la clasificación de los puertos de alcance nacional y regional. El RLSPN únicamente contempla esta clasificación para puertos de titularidad pública, por lo que los puertos de titularidad privada no pueden tener la calificación de puertos de alcance nacional o regional. Sin embargo, el ámbito de competencia de OSITRAN se encuentra limitado a la infraestructura portuaria nacional de uso público, por lo que, en principio, respecto de los puertos privados de uso público, a pesar de su condición de uso

público no tendría competencia sobre este por no poder ser calificado como de “alcance nacional”. Sin perjuicio de ello, la definición de infraestructura contemplada en el REGOSI incluye dentro del ámbito de competencia de OSITRAN a los puertos cuasipúblicos (que como señalamos no son ni nacionales ni regionales), con lo cual se manifiesta una clara incongruencia entre el RLSPN y el REGOSI.

- El RLSPN establece las consecuencias para los casos en los que en un puerto privado de uso privado el porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75% del volumen anual de carga movilizadora en las instalaciones portuarias. Es decir, compara cantidad de servicios prestados con volumen anual de carga movilizadora, lo cual se mide en unidades de medida diferentes que no pueden ser comparables, resultando un artículo de imposible aplicación. Adicionalmente a lo señalado, el hecho que los administradores portuarios reporten su información en términos de pesaje (TNM) contribuye a la imposibilidad de la aplicación del referido artículo.
- La APN no realiza una supervisión adecuada para verificar si los terminales privados de uso privado están o no superando el porcentaje previsto en el artículo 20 del RLSPN, lo cual se evidencia no solo en el hecho de que existen terminales privados de uso privado que prestan el 100% de sus servicios a favor de terceros no vinculados sin ninguna consecuencia, sino que la información estadística que maneja la APN, además de no reflejar la realidad, se encuentra en una unidad de medida que no es ninguna de las dos planteadas en el artículo 20.
- La realidad y las necesidades en el ámbito portuario han cambiado respecto de hace trece años. La infraestructura portuaria de uso público que actualmente existe en el Perú, no solo se encuentra en mucho mejor estado que cuando se emitió la LSPN sino que ha sido concesionada a favor del sector privado, lo cual ha generado inversión en equipamiento e infraestructura mejorando las productividades y los servicios portuarios ofrecidos. En ese sentido, la necesidad de incentivar la inversión en infraestructura privada para cubrir la demanda insatisfecha (lo cual fue una de las principales motivaciones de permitir la prestación de servicios a favor de terceros no vinculados en el RLSPN por parte de puertos privados de uso privado) no es la misma hoy en día. Bajo esta lógica, hace trece años era necesario establecer un porcentaje alto (y además inaplicable) para incentivar la inversión en infraestructura portuaria privada; sin embargo, hoy en día, la fijación de un porcentaje no necesita cumplir este propósito, pues la necesidad ya no es la misma. La fijación de un porcentaje debería: i) evitar desnaturalizar la figura del puerto privado de uso privado concebido como un eslabón de la cadena productiva y no de la cadena logística; ii) servir para identificar el momento a partir del cual, el servicio portuario prestado por estos puertos reúne las características de un servicio público, y por ende, amerita ser calificado como tal; y

- iii) servir para permitir al administrador portuario contribuir con el desarrollo económico de la zona de influencia comercial, al no tener que ser calificado como un puerto de uso público hasta determinado punto. Por ende, si bien la fijación de un porcentaje es necesaria, no debería ser extremadamente bajo (a fin de permitir la contribución al desarrollo comercial de la zona) ni extremadamente alto (pues desnaturalizaría la figura del puerto privado de uso privado y calificaría tardíamente el servicio público).
- Los servicios portuarios prestados por puertos privados de uso privado a favor de terceros no vinculados que superen el 50% del total de la carga movilizada en el terminal, en términos de peso, deberían ser calificados como de uso público, y por ende como servicios públicos. La continuidad, progresividad, igualdad y obligatoriedad son condiciones previstas en la LSPN y en el RLSPN para los servicios que prestan los terminales de uso público. Por tanto, resulta necesario determinar en qué momento el terminal pasa de ser de uso privado a uso público, lo cual se logra a través de la determinación del momento en el que se desnaturaliza la figura del puerto de uso privado, es decir, cuando el puerto privado deja de ser un eslabón en la cadena productiva de su dueño, para convertirse en un negocio autónomo. Para ello, es de utilidad la fijación de un porcentaje que evidencie esa desnaturalización. Dado que las características mencionadas anteriormente para los servicios portuarios que prestan los terminales de uso público son propias de los servicios públicos, una vez que el terminal pase de ser de uso privado a uso público los servicios que presta deberían seguir la misma suerte. Es justamente por eso que la ley debería calificar como servicio público a los servicios brindados a terceros no vinculados si estos son dados por puertos privados que superen el porcentaje estipulado.

## **2. Recomendaciones**

Como resultado de la presente investigación consideramos conveniente la modificación de la LSPN, del RLSPN, de la Ley de Creación y del REGOSI en los términos señalados en este trabajo conforme a la propuesta contenida en el anexo 4.

## Bibliografía

- Aerts, Geoffrey; Grage, Thies; Dooms, Michael; and Haezendonck, Elvira (2014), “Public-Private Partnerships for the Provision of Port infrastructure: An Explorative Multi-Actor Perspective on Critical Success Factors”. *The Asian Journal of Shipping and Logistics*, Vol. 30, N° 3, pp. 273-298, December 2014.
- Akerlof, George (1970). “The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*, Agosto, Vol. 84, N° 3, pp. 488-500.
- Alza Barco, Carlos (2011). “¿Qué se entiende por Regulación? Enfoque y equivocidad”. *Círculo de Derecho Administrativo, RDA 10 – Derecho de la Competencia*, pp. 317-322.
- Apoyo Consultoría y Capeco (2012). *Lineamientos para promover la inversión en infraestructura en el Perú: 2012-2016*. Lima: Apoyo y Capeco.
- Arroyo Tocto, Víctor Adrián (2009). “Las formas de inversión en infraestructura portuaria pública y privada en el Perú”. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 377-387. PUCP.
- Bain, J. S. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Baumol, William J.; Panzar, John C.; and Willig, Robert D. (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*.
- Bergara, Mario (1999). *La regulación de Servicios Públicos: una nota introductoria*. Depósito Legal N°313.579/99. Uruguay.
- Bockmann Moreira, Egon (2010). *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995 (Parte general)*. Conferencia (Sao Paulo: SBDP-Malheiros), 239-274.
- Bullard, Alfredo (2003). “La prohibición imposible. ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución?”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP* N° 56, pp. 759-793.
- Bullen, Christine; y Rockart, J. (1981). “A Primer On Critical Success Factors”. *CISR* N° 69, Sloan WP N° 1220-81, Massachusetts Institute of Technology, EEUU.
- Comisión Federal de Mejora Regulatoria – COFEMER (2016). *¿Qué es la Regulación? México*. <<https://www.gob.mx/conamer/acciones-y-programas/que-es-la-regulacion>>
- Dammert Lira, Alfredo y García Carpio, Raúl (2011). “El rol del Estado en el acceso igualitario a los servicios públicos: evaluación y agenda pendiente”. En: *Desigualdad Distributiva en el Perú: Dimensiones*. Lima. Fondo Editorial de la PUCP:
- Dammert Lira, Alfredo y Molinelli Aristonto, Fiorella (2013). *Teoría de la Regulación Económica*. Lima: Universidad de San Martín de Porres
- De Rus, Ginés (2001). “Infraestructuras, participación privada y contratos de concesión”. En: *La investigación económica en España, 1990-2000. Una década de cambios*.

- Defilippi Angeldonis, Enzo (2010). *Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals*. Tesis para obtener el grado de Doctor en la Universidad Erasmo de Róterdam.
- DiLorenzo, Thomas (1996) “El Mito del Monopolio Natural”. *The Review of Austrian Economics*, Vol. 9, N° 2.
- Flacher, David; Hugues Jennequin, Mehmet Ugur (2009). “Has the European Union got it right? A critical analysis of liberalization in network industries”. In: *Privatization against the European Social Model. A critique of European Policies and Proposals for Alternatives*. Jorg Huffs Schmidt (ed.), Palgrave, to be published.
- Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo (2002). “Regulación de servicios públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”. *Estudios Públicos* 85, pp. 101-137, Chile.
- Gallardo, José (1999). *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: el caso de los monopolios naturales*. Marzo. Documento de trabajo. Departamento de Economía. PUCP.
- Guasch, José Luis (2006). “La prestación de servicios públicos: el uso de concesiones y asociaciones público-privadas”. Perú: La Oportunidad de un País Diferente. Lima: Banco Mundial.
- Guerra García, Francisco (2013). “Perú: Inversión Privada y Desarrollo Portuario”. *PALESTRA* Portal de Asuntos Públicos de la PUCP.
- Huapaya Tapia, Ramón (2015). “Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano”. *IUS ET VERITAS* N° 50, 31 de agosto, pp. 368-397.
- International Monetary Fund - IMF (2006). *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*. IMF Working Paper, WP/06/99, April 2006.
- Joskow, Paul L. (2005). *Regulation of Natural Monopolies*. Working Paper 05-008, Massachusetts Institute of Technology, Center of Energy and Environmental Policy Research. Prepared for the Handbook of Law and Economics, EEUU, April.
- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo – UNCTAD (2014). *El transporte marítimo*. UNCTAD/RMT/2014. Naciones Unidas.
- Lahera Parada, Eugenio (1998). “Políticas de regulación y promoción de la competencia”. En: *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones?: telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina*. Buenos Aires: CLAD – Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Lizarazo Rodríguez, Liliana y Anzola, Marcela (2004). “Regulación, Autorregulación y Desregulación”. En: *La regulación económica: Tendencia y desafíos*. Colombia.
- Martín Tirado, Richard J. (2013) “El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”. *Círculo de Derecho Administrativo*, PUCP, pp. 305-353.

- Miranda Londoño, Alfonso y Márquez Escobar, Carlos Pablo (2004). “Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la Regulación”. *Vniversitas*, noviembre, pp. 71-117, Colombia.
- Molina, Julio César (2006). *Regulación de Servicios Públicos – Su interdisciplinariedad. Una definición. Su ejercicio*. Buenos Aires: Centro de Estudios – CEARE.
- Nallar, Daniel (1999). *Reflexiones sobre la Regulación de actividades dirigidas a satisfacer necesidades esenciales de la población en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- OSINERG (2016). *Introducción a la Regulación de Tarifas de los Servicios Públicos*. Documento de Trabajo N° 22, Noviembre del 2006.
- Pereyra, Andrés (2002). “Monopolio Natural y Regulación Económica”. *Microeconomía Avanzada – Notas Docentes*, Octubre.
- Posner, Richard A. (1975). “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. *The Journal of political Economy*, Vol. 83, N° 4, pp.807-828.
- Rivas Franchini, E.; Gómez Apac, H.; y Mejía Trujillo, G. (2007). “Abuso de posición de dominio en la concesión del Ferrocarril Sur Oriente”. *Derecho & Sociedad* 29, pp. 244-260.
- Romero Alvarado, Luz Marina (2015). “Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual”. *Derecho y Realidad*, Vol. 13, Enero-Junio, pp. 43-62, Colombia.
- Sendín García, Miguel Ángel (2003). *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Comares.
- Sentencia 034-2004-PI/TC. <[www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf)>
- Tirole, Jean (1990). *La teoría de la organización industrial*. Buenos Aires: Editorial Ariel.
- Tullock (1967). “The Welfare Costs of Monopolies, tariffs, and Theft”. *Western Economic Journal*. Vol. 5, pp. 224-232.
- Umezawa, Angie y Reaño, María Elena (2013). “Evolución de las Asociaciones Público Privadas - APPs, conforme a la regulación normativa: Una visión a través de experiencias”. *Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 51-64, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- World Bank (2007). *Module 1 - 8. Port Reform Tool Kit*, Washington D.C.: World Bank.
- Yábar Guevara, María Eugenia (2012). “Inversión Privada en Infraestructura Portuaria: Prosperidad Económica y Mejora en la Calidad de Vida de Todos”, *Themis. Revista de Derecho* 61, PUCP, pp. 241-253.
- Zegarra, Diego (2005). *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima: Palestra. Prólogo de Juan José Díez Sánchez.

## **Anexos**

## Anexo 1. Infracciones administrativas aplicables a los terminales portuarios de uso público

Conducta infractora	Artículo del RIS
No permitir o afectar el uso de la infraestructura o la prestación de los Servicios Esenciales	artículo 9
Incumplir las condiciones o especificaciones de operación	artículo 12
No informar sobre alteraciones temporales	artículo 16
No realizar mediciones ni llevar registros de control de calidad	artículo 19
Obstaculizar o impedir las funciones que debe ejercer el Estado en el área de explotación de infraestructura	artículo 20
Infracciones relativas a la obligación de brindar Acceso	artículo 21
Incumplir obligaciones relativas a la publicidad de las tarifas y/o políticas comerciales	artículo 23
Aplicar tarifas indebidas	artículo 24
No aplicar Políticas Comerciales anunciadas	artículo 25
Aplicar Tarifas no autorizadas a nuevos servicios	artículo 26
No comunicar el cambio de tarifas	artículo 27
Infracción a los procedimientos de reclamos de los usuarios	artículo 28
Incumplir compromisos por reclamos aceptados	artículo 29
No entregar información solicitada	artículo 30
Demorar el suministro de la información	artículo 31
Suministrar información falsa	artículo 32
Suministrar Información incompleta	artículo 33
Obstaculizar o impedir la supervisión	artículo 35
No suscribir las actas de supervisión	artículo 36
Destruir las actas de supervisión	artículo 37
No entregar información	artículo 38
Incumplir obligaciones sobre el registro de información	artículo 39
Ocultar, destruir o alterar las fuentes de Información	artículo 40
Incumplir las decisiones de OSITRAN	artículo 41
Incumplimiento de la Orden de Cese de la situación infractora	artículo 42
Impedir el uso de la infraestructura y el funcionamiento del servicio por falta de inversión	artículo 46
No suministrar equipos o no realizar las obras necesarias para el uso de la infraestructura o el funcionamiento del servicio	artículo 47
Incumplir el pago de la tasa de regulación	artículo 50
Incumplir otros pagos o contribuciones	artículo 52
Denunciar sin motivo razonable	artículo 59

Anexo 2. Registro de autorizaciones de uso de área acuática y franja ribereña al 2017

N°	Administrador o Razón Social	Titularidad	Ubicación	Habilitación Portuaria	Licencia Portuaria
1	Southern Perú Cooper Corporation	Privada	Departamento: Moquegua Provincia: Ilo Distrito: Pacocha	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 015-2008-APN/DIR del 18 de febrero de 2008.	Se otorgó licencia portuaria mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 012-2010-APN/DIR del 12 de abril de 2010.
2	Perú LNG S.R.L	Privada	Departamento: Lima Provincia: Cañete Distrito: San Vicente de Cañete	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 022-2007-APN/DIR del 28 de mayo de 2007.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
3	Compañía Minera Miski Mayo S.A.C	Privada	Departamento: Piura Provincia: Sechura Distrito: Bayovar	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 048-2008-APN/DIR del 11 de diciembre de 2008.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
4	Refinería La Pampilla S.A.A	Privada	Departamento: Lima Provincia: Callao Distrito: Ventanilla	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 037-2008-APN/DIR del 01 de octubre de 2008.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
5	Siderúrgica del Perú S.A.A	Privada	Departamento: Ancash Provincia: Santa Distrito: Chimbote		Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
6	Pure Biofuels del Perú S.A.C	Privada	Departamento: Lima Provincia: Callao Distrito: Ventanilla	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 029-2009-APN/DIR del 10 de agosto de 2009.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
7	Perú LNG S.R.L	Privada	Departamento: Lima Provincia: Cañete Distrito: San Vicente de Cañete	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 042-2008-APN/DIR del 15 de octubre de 2008.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
8	Penta Tanks Terminals S.A (Ex Maple Etanol S.R.L)	Privada	Departamento: Piura Provincia: Paíta Distrito: Bahía de Paíta	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 003-2012-APN/DIR del 18 de enero de 2012.	Se otorgó licencia portuaria mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 033-2012-APN/DIR del 26 de julio de 2012.
9	Shougang Hierro Perú S.A.A.	Privada	Departamento: Ica Provincia: Nazca Distrito: Marcona Localidad: Bahía de San Nicolás.	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 012-2017-APN/DIR del 21 de marzo de 2017.	¿?
10	Trabajos Marítimos S.A.	Privada	Departamento: Moquegua Provincia: Ilo Distrito: Ilo Localidad: Caleta Cata Cata	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 075-2015-APN/DIR del 24 de diciembre de 2015.	¿?
11	Petroperú S.A.	Privada	Departamento: Piura Provincia: Talara Distrito: Pariñas Localidad: Punta Arenas	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 025-2011-APN/DIR del 27 de octubre de 2011.	¿?
12	Perú LNG S.R.L	Privada	Departamento: Lima Provincia: Cañete Distrito: San Vicente de Cañete.	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 017-2010-APN/DIR del 13 de mayo de 2010.	¿?
13	Fosfatos del Pacífico S.A. (Ex Cementos Pascasmayo S.A.A.)	Privada	Departamento: Piura Provincia: Sechura Distrito: Sechura Localidad: Ensenada de Sechura.	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 027-2017-APN/DIR del 24 de mayo de 2017.	¿?
14	Repsol Exploración Perú S.A.	Privada	Departamento: Cuzco Provincia: La Convención Distrito: Echarate Localidad: Orillas del río Urubamba.	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 033-2013-APN/DIR del 01 de octubre de 2013.	¿?
15	Terminales Portuarios Chancay S.A	Privada	Departamento: Lima Provincia: Huaral Distrito: Chancay	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 046-2014-APN/DIR del 03 de octubre de 2014.	¿?
16	Refinería La Pampilla S.A.A	Privada	Departamento: Lima Provincia: Callao Distrito: Ventanilla	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 040-2013-APN/DIR del 05 de diciembre de 2013.	¿?
17	Petroperú S.A.	Privada	Departamento: Piura Provincia: Talara Distrito: Pariñas	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 015-2015-APN/DIR del 30 de abril de 2015.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.
18	Petroperú S.A.	Privada	Departamento: Moquegua Provincia: Ilo Localidad: Playa del Palo	Dispone de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 071-2017-APN/DIR del 09 de octubre de 2017.	¿?
19	Logística Peruana del Oriente S.A.	Privada	Departamento: Ucayali Provincia: Coronel Portillo Distrito: Calleria	Dispone de regularización de otorgamiento de habilitación portuaria otorgada mediante Resolución de Acuerdo de Directorio N° 057-2015-APN/DIR del 12 de noviembre de 2015.	Actualmente en operación con Licencia Portuaria.

**Anexo 3. Estadística de la Autoridad Portuaria Nacional sobre carga movilizada por los terminales portuarios de titularidad privada**

	Terminal privado de uso privado	Carga propia declarada	%	Carga de terceros declarada	%	Total de carga operada
1	Embarcadero Estación Andoas - PETROPERU	463	100	0	0	463
2	Embarcadero GLP AMAZONICO	4590	100	0	0	4590
3	Embarcadero San José de Saramuro (Estación 1) – PETROPERU	322163	100	0	0	322163
4	Embarcadero Saramiriza (Estación 5) – PETROPERU	1205	100	0	0	1205
5	Muelle SIDERPERÚ	656969	100	0	0	656969
6	T Multiboyas BLUE PACIFIC OILS - Chancay	6003	100	0	0	6003
7	T Multiboyas Chimbote - BLUE PACIFIC OILS	22434	100	0	0	22434
8	T Multiboyas Chimbote - COLPEX	13416	100	0	0	13416
9	T Multiboyas Chimbote - CONSORCIO TERMINALES	214882	100	0	0	214882
10	T Multiboyas Conchán - PETROPERU	2494195	100	0	0	2494195
11	T Multiboyas Eten - CONSORCIO TERMINALES	443617	100	0	0	443617
12	T Multiboyas Ilo - CONSORCIO TERMINALES	327387	100	0	0	327387
13	T Multiboyas Mollendo - CONSORCIO TERMINALES	1852160	100	0	0	1852160
14	T Multiboyas Oquendo - QUIMPAC	157146	100	0	0	157146
15	T Multiboyas Paramonga - QUIMPAC	94325	100	0	0	94325
16	T Multiboyas Pisco - CONSORCIO TERMINALES	183673	100	0	0	183673
17	T Multiboyas Punta Arenas - PETROPERU	1802603	100	0	0	1802603
18	T Multiboyas PURE BIO FUELS	513702	100	0	0	513702
19	T Multiboyas Refinería La Pampilla - REPSOL	8117179	100	0	0	8117179
20	T Multiboyas REPSOL GAS	361176	100	0	0	361176
21	T Multiboyas Salaverry - CONSORCIO TERMINALES	405951	100	0	0	405951
22	T Multiboyas SUDAMERICANA DE FIBRAS	26708	100	0	0	26708
23	T Multiboyas Supe - CONSORCIO TERMINALES	141743	100	0	0	141743
24	T Multiboyas TLT TRAMARSA	276168	100	0	0	276168
25	T Multiboyas TRALSA	17915	100	0	0	17915
26	T Multiboyas ZETA GAS ANDINO	338916	100	0	0	338916
27	TP Camisea – PLUSPETROL	3046233	100	0	0	3046233
28	TP ENERSUR	434241	100	0	0	434241
29	TP Iquitos – PETROPERU	616640	100	0	0	616640
30	TP Juan Paulo Quay	62258	100	0	0	62258
31	TP Misky Mayo – VALE	3825371	100	0	0	3825371
32	TP PERU LNG MELCHORITA	4370700	100	0	0	4370700
33	TP PETROPERU – Bayóvar	440776	100	0	0	440776
34	TP Punta Lobitos – ANTAMINA	2036407	100	0	0	2036407
35	TP Refinería Talara Muelle Carga Líquida – PETROPERU	2219413	100	0	0	2219413
36	TP SHOUGAN HIERRO PERU	12420624	100	0	0	12420624
37	TP SOUTHERN PERU – Ilo	370667	96.34	14063	3.66	384826.34
38	TP Tablones - SOUTHERN PERU	1078058	100	0	0	1078058
39	TP UNACEM	484365	100	0	0	484365
40	TP Yurimaguas – PETROPERU	55672	100	0	0	55672
	Total de carga operada	50258114		14063		50272177

**Anexo 4. Propuesta de modificación normativa**

LSPN	
Texto vigente	Propuesta de modificación
<p><b>Artículo 6.- Clasificación de los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias</b></p> <p>Los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias, para los efectos de la presente Ley, se clasifican de la siguiente forma:</p> <p>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.</p> <p>"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 o Público y de Uso Exclusivo o Privado.</p> <p>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 terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros, bajo el mismo tratamiento que aquéllos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 de la presente Ley.</p> <p>3.- Por la actividad esencial que en ellos se desarrolla, pueden ser: Multipropósito o Especializados y, dentro de estos últimos, se pueden distinguir puertos o terminales portuarios: Comerciales, Turísticos, Industriales, Minero-industriales, Pesqueros y Marinas. Son Multipropósito, los que pueden atender demandas portuarias diversas y Especializados, los que principalmente operan para un fin portuario predeterminado."</p> <p>4. Por su ubicación: Marítimos, Fluviales y Lacustres.</p> <p>"5.- Por su alcance y ámbito: Nacionales y Regionales, que serán determinados según los criterios establecidos en el Reglamento de la presente Ley. Los puertos y terminales portuarios de alcance Nacional, son de competencia exclusiva de la Autoridad Portuaria Nacional. Basta con que en un puerto exista un terminal portuario de titularidad y uso público que cumpla con los criterios para ser considerado como nacional, para que dicho puerto sea considerado también como de alcance nacional.</p>	<p><b>Artículo 6.- Clasificación de los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias</b></p> <p>Los puertos y terminales portuarios, con su infraestructura e instalaciones portuarias, para los efectos de la presente Ley, se clasifican de la siguiente forma:</p> <p>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.</p> <p>"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 o Público y de Uso Exclusivo o Privado.</p> <p>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 terminales portuarios de titularidad y uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros <b>hasta el límite establecido en el Reglamento sin necesidad de modificar su habilitación portuaria conforme a lo establecido en el artículo 9 de la presente Ley. En caso el administrador portuario supere o pretenda brindar servicios por encima del límite establecido en el Reglamento deberá modificar su habilitación portuaria y sujetarse al mismo régimen normativo que aquellos de uso público.</b>, bajo el mismo tratamiento que aquéllos de uso público, según los parámetros establecidos en el Reglamento y para el tipo de carga determinada en la habilitación portuaria correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 de la presente Ley."</p> <p>"3.- Por la actividad esencial que en ellos se desarrolla, pueden ser: Multipropósito o Especializados y, dentro de estos últimos, se pueden distinguir puertos o terminales portuarios: Comerciales, Turísticos, Industriales, Minero-industriales, Pesqueros y Marinas. Son Multipropósito, los que pueden atender demandas portuarias diversas y Especializados, los que principalmente operan para un fin portuario predeterminado."</p> <p>4. Por su ubicación: Marítimos, Fluviales y Lacustres.</p> <p>"5.- Por su alcance y ámbito: Nacionales y Regionales, que serán determinados según los criterios establecidos en el Reglamento de la presente Ley. Los puertos y terminales portuarios de alcance Nacional, son de competencia exclusiva de la Autoridad Portuaria Nacional. Basta con que en un puerto exista un terminal portuario de titularidad y uso público que cumpla con los criterios para ser considerado como nacional, para que dicho puerto sea considerado también como de alcance nacional."</p>
<p><b>"Artículo 9.- Habilitaciones Portuarias</b></p> <p>"9.1 La Autoridad Portuaria Nacional o la Autoridad Portuaria Regional, según corresponda, autoriza el inicio de obras de construcción o ampliación de un puerto. El cambio de uso de exclusivo a general o actividad del puerto o terminal portuario requiere de la modificación de la habilitación, que se efectúa bajo los criterios que señale el procedimiento establecido en el Reglamento.</p> <p>La Autoridad Portuaria que corresponda, una vez terminada la obra, debidamente habilitada, verifica el cumplimiento del proyecto y procederá a otorgar la licencia portuaria para operarlo.</p> <p>La Autoridad Portuaria Nacional o Regional, según corresponda, podrá denegar la prestación de servicios a terceros en determinados terminales portuarios de titularidad y uso privado, en caso esto afectara el desarrollo de los proyectos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario para terminales portuarios de titularidad y uso público."</p> <p>9.2 El reglamento establece los requisitos, derechos y obligaciones y los procedimientos correspondientes.</p>	<p><b>"Artículo 9.- Habilitaciones Portuarias</b></p> <p>"9.1 La Autoridad Portuaria Nacional o la Autoridad Portuaria Regional, según corresponda, autoriza el inicio de obras de construcción o ampliación de un puerto. El cambio de uso de exclusivo a general o actividad del puerto o terminal portuario requiere de la modificación de la habilitación, que se efectúa bajo los criterios que señale el procedimiento establecido en el Reglamento.</p> <p>La Autoridad Portuaria que corresponda, una vez terminada la obra, debidamente habilitada, verifica el cumplimiento del proyecto y procederá a otorgar la licencia portuaria para operarlo.</p> <p>La Autoridad Portuaria Nacional o Regional, según corresponda, podrá denegar la <b>modificación de la habilitación portuaria</b> prestación de servicios a terceros en determinados terminales portuarios de titularidad y uso privado, en caso esto afectara el desarrollo de los proyectos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario para terminales portuarios de titularidad y uso público."</p> <p>9.2 El reglamento establece los requisitos, derechos y obligaciones y los procedimientos correspondientes.</p>
<p><b>Artículo 21.- Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público (OSITRAN)</b></p> <p>21.1 Corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.</p> <p>Sus funciones y responsabilidades las ejercerá procurando la eficiencia de las actividades y servicios portuarios; las necesarias garantías para los administradores, inversionistas y operadores; y en defensa de los usuarios finales. Para ello incide en la competitividad internacional de los puertos y propende a que los costos y tarifas guarden concordancia y los conceptos se homologuen con los que se cobran internacionalmente en los puertos más modernos y competitivos del mundo.</p> <p>21.2 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.</p>	<p><b>Artículo 21.- Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público (OSITRAN)</b></p> <p>21.1 Corresponde a OSITRAN <b>ejercer las funciones establecidas en su ley de creación respecto de la infraestructura portuaria de uso público, incluyendo la regulación del</b> regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.</p> <p>Sus funciones y responsabilidades las ejercerá procurando la eficiencia de las actividades y servicios portuarios; las necesarias garantías para los administradores, inversionistas y operadores; y en defensa de los usuarios finales. Para ello incide en la competitividad internacional de los puertos y propende a que los costos y tarifas guarden concordancia y los conceptos se homologuen con los que se cobran internacionalmente en los puertos más modernos y competitivos del mundo.</p> <p>21.2 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.</p>
<p><b>Artículo 24.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Nacional</b></p> <p>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:</p> <p>(...)</p> <p>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.</p> <p>(...)</p>	<p><b>Artículo 24.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Nacional</b></p> <p>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:</p> <p>(...)</p> <p>i) Velar por la prestación universal de los servicios portuarios a través de los puertos de <b>titularidad uso público</b> y en el ámbito de su competencia.</p> <p>(...)</p>
<p><b>Artículo 29.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Regional</b></p> <p>Son atribuciones de la Autoridad Portuaria Regional las siguientes, además de las que se consideren en la presente Ley:</p> <p>(...)</p> <p>n) Velar por la prestación universal de los servicios portuarios a través de los puertos de titularidad pública y en el ámbito de su competencia;</p> <p>(...)</p>	<p><b>Artículo 29.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Regional</b></p> <p>Son atribuciones de la Autoridad Portuaria Regional las siguientes, además de las que se consideren en la presente Ley:</p> <p>(...)</p> <p>n) Velar por la prestación universal de los servicios portuarios a través de los puertos de <b>titularidad uso público</b> y en el ámbito de su competencia;</p> <p>(...)</p>
<p>Disposiciones Transitorias y Finales</p> <p><b>"Trigésima.-</b> Declárese como servicios públicos esenciales, la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público, así como la prestación de los servicios portuarios en dicha infraestructura, los cuales el Es-</p>	<p>Disposiciones Transitorias y Finales</p> <p><b>"Trigésima.-</b> Declárese como servicios públicos esenciales, la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público, así como la prestación de los servicios portuarios en dicha infraestructura, los cuales el Estado garantiza. <b>También serán calificados como servicios públicos los servicios portuarios</b></p>

tado garantiza. El Poder Ejecutivo, a través de sus entidades y en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional o Regional competente, según corresponda, adoptará, en los casos excepcionales de interrupción en la prestación de dichos servicios portuarios declarados esenciales, las medidas necesarias que permitan su prestación permanente, continua, segura y competitiva.”	prestados en cualquier Terminal Portuario de uso público sin perjuicio de su titularidad. El Poder Ejecutivo, a través de sus entidades y en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional o Regional competente, según corresponda, adoptará, en los casos excepcionales de interrupción en la prestación de dichos servicios portuarios declarados esenciales, las medidas necesarias que permitan su prestación permanente, continua, segura y competitiva.
--	---

RLSPN	
Texto vigente	Propuesta de modificación
<p>Artículo 19.- Los titulares de puertos y terminales portuarios de titularidad privada decidirán el uso al que serán destinadas sus instalaciones. Se considera que el uso exclusivo o uso privado incluye la carga destinada al titular del puerto, así como a sus empresas vinculadas, entendiéndose por empresas vinculadas cuando se esté en alguno de los supuestos establecidos en el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 19.- Los titulares de puertos y terminales portuarios de titularidad privada decidirán el uso al que serán destinadas sus instalaciones. Se considera que el uso exclusivo o uso privado incluye la carga destinada al titular del puerto, así como a sus empresas vinculadas, entendiéndose por empresas vinculadas cuando se esté en alguno de los supuestos establecidos en el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.</p> <p>Los puertos privados de uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros no vinculados sin perder su condición de puerto privado de uso privado <b>hasta el límite establecido en el siguiente artículo.</b> 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.</p>
<p>Artículo 20.- Los Administradores Portuarios de puertos de titularidad pública o privada deberán comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional dentro de los 15 (quince) días hábiles del mes de enero de cada año, el volumen anual de carga movilizada en sus instalaciones portuarias en el ejercicio anterior, desgregando el porcentaje que corresponda al administrador portuario y terceros vinculados de aquel que corresponda a terceros no vinculados.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Los regímenes señalados en el párrafo anterior subsistirán en el ejercicio subsiguiente, en tanto, se vuelva a superar el porcentaje señalado en este artículo.</p>	<p>Artículo 20.- Los Administradores Portuarios de puertos de titularidad pública o privada deberán comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional dentro de los 15 (quince) días hábiles del mes de enero de cada año, <b>el total de toneladas correspondientes a la el volumen anual de carga</b> movilizada en sus instalaciones portuarias en el ejercicio anterior, desgregando el porcentaje que corresponda al administrador portuario y terceros vinculados de aquel que corresponda a terceros no vinculados, <b>con carácter de declaración jurada. Es responsabilidad de la Autoridad Portuaria Nacional la supervisión y fiscalización del cumplimiento de esta obligación por parte de los Administradores Portuarios.</b></p> <p><b>En caso la Autoridad Portuaria Nacional verifique</b> <del>los casos que en un puerto o terminal portuario de uso privado el porcentaje de total de toneladas correspondientes a la carga de terceros no vinculados movilizada en sus instalaciones portuarias de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75%</del> <b>50%</b> del <del>total de toneladas</del> <b>volumen anual de carga</b> movilizada en las instalaciones portuarias <b>en el ejercicio anterior, modificará de oficio la licencia portuaria de uso exclusivo a público, siendo que las disposiciones correspondientes a los terminales de uso público serán aplicables en su integridad conforme a lo establecido en el Reglamento.</b></p> <p><b>La</b> 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.</p> <p>De verificarse la existencia de competencia se determinará la desregulación de los servicios prestados en los puertos de uso público <del>durante el resto del ejercicio;</del> en caso contrario, el administrador portuario del puerto de uso privado <b>se sujetará al procedimiento de fijación tarifaria de acuerdo a la normativa emitida por OSITRAN 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.</b></p> <p><del>Los regímenes señalados en el párrafo anterior subsistirán en el ejercicio subsiguiente, en tanto, se vuelva a superar el porcentaje señalado en este artículo.</del></p>
<p>Artículo 21.- Los puertos y terminales portuarios de titularidad pública, por su alcance y ámbito, se clasifican en:</p> <p>a. Nacionales, aquellos puertos y terminales portuarios, que:</p> <p>I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte internacional de carga, pasajeros o correo, y/o cuyo movimiento comercial esté orientado principalmente al turismo y comercio exterior;</p> <p>II. En sus operaciones tengan influencia en el movimiento económico de más de una región; y,</p> <p>III. Que integre un sistema intermodal o multimodal de transporte vinculado a un proyecto de integración bi-regional, multi-regional, macro-regional, binacional o continental.</p> <p>b. Regionales, aquellos puertos y terminales portuarios, que:</p> <p>I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte de carga pasajeros y correo a nivel nacional o en cabotaje, y tenga influencia básicamente en el movimiento económico de una Región,</p> <p>II. No alcancen todos y cada uno de los requisitos para ser clasificados como nacionales.</p> <p>El Plan Nacional de Desarrollo Portuario establecerá el ámbito y calificará, de acuerdo a los criterios anteriores, a los puertos y terminales portuarios del Sistema Portuario Nacional.</p>	<p>Artículo 21.- Los puertos y terminales portuarios <del>de titularidad pública,</del> por su alcance y ámbito, se clasifican en:</p> <p>a. Nacionales, aquellos puertos y terminales portuarios, que:</p> <p>I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte internacional de carga, pasajeros o correo, y/o cuyo movimiento comercial esté orientado principalmente al turismo y comercio exterior;</p> <p>II. En sus operaciones tengan influencia en el movimiento económico de más de una región; y,</p> <p>III. Que integre un sistema intermodal o multimodal de transporte vinculado a un proyecto de integración bi-regional, multi-regional, macro-regional, binacional o continental.</p> <p>b. Regionales, aquellos puertos y terminales portuarios, que:</p> <p>I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte de carga pasajeros y correo a nivel nacional o en cabotaje, y tenga influencia básicamente en el movimiento económico de una Región,</p> <p>II. No alcancen todos y cada uno de los requisitos para ser clasificados como nacionales.</p> <p>El Plan Nacional de Desarrollo Portuario establecerá el ámbito y calificará, de acuerdo a los criterios anteriores, a los puertos y terminales portuarios del Sistema Portuario Nacional.</p>
<p>Artículo 43.- Modificación de la habilitación y de la licencia portuaria.</p> <p>43.1. Los administradores portuarios deberán solicitar a la Autoridad Portuaria competente la modificación de la habilitación portuaria en caso de requerir el cambio de uso exclusivo a uso general o de actividad del terminal portuario, siempre y cuando dichos cambios impliquen la modificación de la infraestructura portuaria.</p> <p>43.2. Si el cambio de uso exclusivo a uso general o de actividad del terminal portuario, no implica la modificación de la infraestructura portuaria, los administradores portuarios deberán solicitar la modificación de su licencia portuaria.</p> <p>43.3. La Autoridad Portuaria competente tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles, transcurridos desde la presentación de la solicitud por el peticionario, para emitir la Resolución correspondiente, caso contrario operará el silencio administrativo positivo.</p> <p>La Autoridad Portuaria correspondiente tendrá un plazo de cuarenta (40) días hábiles, transcurridos desde la presentación de la solicitud por el peticionario, para</p>	<p>Artículo 43.- Modificación de la habilitación y de la licencia portuaria.</p> <p>43.1. Los administradores portuarios deberán solicitar a la Autoridad Portuaria competente la modificación de la habilitación portuaria en caso de requerir el cambio de uso exclusivo a uso general o de actividad del terminal portuario, siempre y cuando dichos cambios impliquen la modificación de la infraestructura portuaria.</p> <p>43.2. Si el cambio de uso exclusivo a uso general o de actividad del terminal portuario, no implica la modificación de la infraestructura portuaria, los administradores portuarios deberán solicitar la modificación de su licencia portuaria.</p> <p>43.3. <del>La Autoridad Portuaria competente tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles, transcurridos desde la presentación de la solicitud por el peticionario, para emitir la Resolución correspondiente, caso contrario operará el silencio administrativo positivo.</del></p> <p>La Autoridad Portuaria correspondiente tendrá un plazo de cuarenta (40) días hábiles, transcurridos desde la presentación de la solicitud <b>correspondiente</b> por el</p>

<p>emitir la Resolución correspondiente, caso contrario operará el silencio administrativo positivo.</p>	<p>petionario, para emitir la Resolución <b>respectiva correspondiente</b>, caso contrario operará el silencio administrativo positivo.</p> <p>43.4. En el supuesto descrito en el segundo párrafo del artículo 20 de la Ley, y en caso la superación del límite del total de toneladas ahí establecido se debiera a supuestos de necesidad pública o se deriven de un caso fortuito o fuerza mayor, el administrador portuario tendrá un plazo de 15 días hábiles computados desde la remisión de la información indicada en el primer párrafo del artículo 20 de la Ley, para remitir el sustento de dichos supuestos a la Autoridad Portuaria Nacional. La Autoridad Portuaria Nacional evaluará la información remitida y emitirá la Resolución de Acuerdo de Directorio pronunciándose sobre la procedencia o no de la modificación de la licencia portuaria, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la recepción de la información indicada en el primer párrafo del artículo 20 o de la información sustentaría referida en el párrafo precedente, según corresponda. En caso la Resolución disponga la modificación de la licencia portuaria, deberá incluir adicionalmente el plazo que tendrá el administrador portuario para adecuarse al régimen aplicable. Dicho plazo de adecuación no podrá ser superior a cuarenta (40) días hábiles de publicada la referida resolución. Una vez finalizado el referido plazo de adecuación, las disposiciones correspondientes a los terminales de uso público serán aplicables en su integridad.</p>
--	---

Ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo.	
<p><b>Artículo 5.- Objetivos</b> OSITRAN tiene los siguientes objetivos:</p> <p>a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.</p> <p>b) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.</p> <p>c) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento.</p> <p>d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.</p>	<p><b>Artículo 5.- Objetivos</b> OSITRAN tiene los siguientes objetivos:</p> <p>a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.</p> <p>b) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.</p> <p>c) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento.</p> <p>d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, <del>sean éstas concesionarios privados u operadores estatales</del>, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.</p>
<p><b>Artículo 7.- Funciones</b> 7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: (...) e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. (...)</p>	<p><b>Artículo 7.- Funciones</b> 7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: (...) e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, <b>con excepción de las autorizaciones administrativas</b>. (...)</p>

Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN	
<p>k) ENTIDAD PRESTADORA: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios. Lo son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943; los que realizan actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, calificada como facilidad esencial, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, contrato de acceso, asistencia técnica y similares; así como aquellas empresas concesionarias del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, y las que están sujetas a actividades de supervisión, conforme lo establece la Ley N° 29754."</p>	<p>"k) ENTIDAD PRESTADORA: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, nacional o regional, cuando corresponda, sean empresas públicas o privadas y que, frente al Estado y los usuarios, tienen la responsabilidad por la prestación de los servicios. Lo son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere <b>el artículo 20 del Reglamento de la Ley N° 27943</b>; los que realizan actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, calificada como facilidad esencial, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, contrato de acceso, asistencia técnica y similares; así como aquellas empresas concesionarias del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, y las que están sujetas a actividades de supervisión, conforme lo establece la Ley N° 29754".</p>
<p>"m) INFRAESTRUCTURA: Sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, ferroviaria, red vial nacional y regional de carreteras y otras infraestructuras de transporte de uso público, de carácter nacional o regional. Se encuentran excluidas del concepto de infraestructura para efectos de la presente norma: i. La infraestructura portuaria o aeroportuarias que se encuentren bajo la administración de las Fuerzas Armadas o Policiales, en tanto dicha utilización corresponda a la ejecución de actividades de defensa nacional y orden interno y no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. ii. La infraestructura vial urbana y otra forma de infraestructura que sea de competencia municipal, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, con excepción de la infraestructura señalada en la Ley N° 29754. iii. La infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. En consecuencia, no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el artículo 20 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC."</p>	<p>"m) INFRAESTRUCTURA: Sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, ferroviaria, red vial nacional y regional de carreteras y otras infraestructuras de transporte de uso público, de carácter nacional o regional. Se encuentran excluidas del concepto de infraestructura para efectos de la presente norma: i. La infraestructura portuaria o aeroportuarias que se encuentren bajo la administración de las Fuerzas Armadas o Policiales, en tanto dicha utilización corresponda a la ejecución de actividades de defensa nacional y orden interno y no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. ii. La infraestructura vial urbana y otra forma de infraestructura que sea de competencia municipal, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, con excepción de la infraestructura señalada en la Ley N° 29754. iii. La infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica <b>por encima del límite establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 003-2004-</b></p>

	<p>MTC. En consecuencia, <b>es infraestructura de uso público</b> <del>no es infraestructura portuaria de uso privado</del>, <b>aquella que supere el límite establecido en el referido artículo 20</b>, a que se refiere el artículo 20 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC.”</p>
<p><b>Artículo 5.- Objetivos del OSITRAN</b>  Son objetivos del OSITRAN en el ámbito de su competencia, los siguientes:  5.1 Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura, así como preservar la libre competencia en la utilización de la Infraestructura por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarias privadas u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, y en coordinación con el INDECOPI.  5.2 Garantizar el acceso al uso de la Infraestructura y el acceso universal a la prestación de los servicios vinculados a ésta.  5.3 Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos relativos a la explotación de la Infraestructura.  5.4 Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura.  5.5 Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, y a la prestación de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.  5.6 Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que el OSITRAN fije, revise o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.  5.7 Velar por el cumplimiento de las disposiciones y regulaciones que establezca el OSITRAN para los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura.  5.8 Resolver o contribuir a resolver las controversias y reclamos bajo su competencia que surjan entre las entidades prestadoras y entre éstas y los Usuarios, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento que dicte el Consejo Directivo del OSITRAN.  5.9 Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de la Infraestructura.  5.10 Las demás que establezcan la Ley del OSITRAN y otra normativa aplicable.</p>	<p><b>Artículo 5.- Objetivos del OSITRAN</b>  Son objetivos del OSITRAN en el ámbito de su competencia, los siguientes:  5.1 Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura, así como preservar la libre competencia en la utilización de la Infraestructura por parte de las Entidades Prestadoras, <del>sean éstas concesionarias privadas u operadores estatales</del>, en beneficio de los usuarios, y en coordinación con el INDECOPI.  5.2 Garantizar el acceso al uso de la Infraestructura y el acceso universal a la prestación de los servicios vinculados a ésta.  5.3 Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos relativos a la explotación de la Infraestructura.  5.4 Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios de la Infraestructura.  5.5 Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, y a la prestación de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.  5.6 Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que el OSITRAN fije, revise o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.  5.7 Velar por el cumplimiento de las disposiciones y regulaciones que establezca el OSITRAN para los servicios vinculados a la explotación de la Infraestructura.  5.8 Resolver o contribuir a resolver las controversias y reclamos bajo su competencia que surjan entre las entidades prestadoras y entre éstas y los Usuarios, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento que dicte el Consejo Directivo del OSITRAN.  5.9 Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de la Infraestructura.  5.10 Las demás que establezcan la Ley del OSITRAN y otra normativa aplicable.</p>

## **Notas biográficas**

### **Claudia Viviana Ausejo Torres**

Nació en Lima, el 29 de enero de 1984. Abogada por la Universidad de Lima (2008). Postgrado en Gestión de las Adquisiciones Públicas por la Universidad de Lima. Diplomado en Derecho de las Concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

Cuenta con amplia experiencia en regulación portuaria, en procesos de promoción de inversión privada y en contratación pública. Actualmente se desempeña como Gerente de Regulación y Cumplimiento en APM Terminals Callao S.A.

### **Klaus Herbert Bürger Bopst**

Nació en Lima, el 4 de diciembre de 1967. Bachiller en Finanzas de la Universidad de Georgetown en EE. UU., MBA del Programa de Kellogg de la Universidad de Northwestern en Chicago, EE. UU., y Abogado por la Universidad de Lima (2012). Diplomado en Derecho de las Concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y en Derecho de Negocios Internacionales y de las Inversiones por la Universidad del Pacífico.

Cuenta con más de 20 años de experiencia en el sector logístico marítimo y más de 10 años en el sector portuario. Actualmente es empresario en el rubro logístico.