



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Lima, 30 de diciembre de 2010

OFICIO N° 041-10-SCD-OSITRAN

Señor
JORGE ALEJANDRO LEÓN BALLÉN
Director Ejecutivo
PROINVERSIÓN
Av. Paseo de la República N° 3361 – Piso 8
San Isidro.-



Asunto : **Opinión sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.**

Referencia : a) Oficio N° 962/2010/SG/PROINVERSIÓN
b) Oficio N° 353/2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN

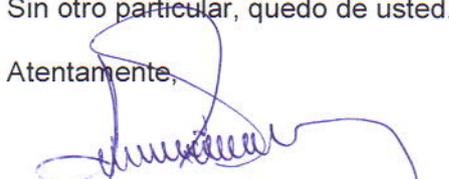
De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión de Consejo Directivo N° 373-10-CD-OSITRAN, realizada en la fecha, el Consejo Directivo de OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1332-373-10-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, el mismo que emite opinión sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, presentado a OSITRAN con fecha 25 de noviembre de 2010.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, para su conocimiento.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Secretario del Consejo Directivo

HRT/bds
Reg. Sal. SCD N° 27024 -10
Ref.: HR N° 24439 -10
N° 26795 -10

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

**Opinión sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del
Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao**

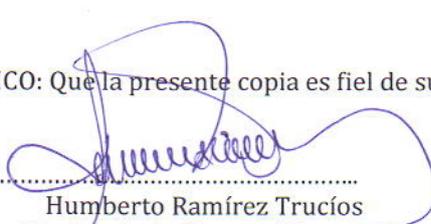
ACUERDO No. 1332-373-10-CD-OSITRAN

de fecha 30 de diciembre de 2010

Vistos el Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 29 de diciembre de 2010, los Oficios N° 962/2010/SG/PROINVERSIÓN y N° 353/2010/JP-PUEDAT/PROINVERSIÓN, a través de los cuales PROINVERSIÓN remite la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, y, la información complementaria solicitada por OSITRAN, respectivamente; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27701, el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, además de lo señalado en el Decreto de Urgencia N° 121-2009 que extiende hasta el 31 de diciembre de 2010 lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 047-2008, aprobó por unanimidad, lo siguiente:

- a) Aprobar la opinión contenida en el Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, respecto a la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, remitida por PROINVERSIÓN el 25 de noviembre del 2010.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original.


.....
Humberto Ramírez Trucíos
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN

CON LA CONFORMIDAD DE ESTE DESPACHO, PASE
A SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO, PARA APROBACIÓN.
29.12.10



INFORME N° 047-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN



Para : **Carlos Aguilar Meza**
Gerente General

De : **Fernando Momiy Hada**
Gerente de Regulación (e)

Luigi D'Alfonso Crovetto
Gerente de Supervisión (e)

Roberto Vélez Salinas
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Opinión sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

Fecha : 29 de diciembre de 2010

I. OBJETO

1. El objeto del presente Informe consiste en emitir opinión previa respecto de la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión para el otorgamiento en concesión del Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, aprobado por el Comité PRO PUERTOS de PROINVERSIÓN, conforme al Oficio N°962/2010/SG/PROINVERSIÓN, presentado a OSITRAN con fecha 25 de noviembre de 2010.
2. Al respecto, teniendo en consideración que mediante Oficio N° 121-10-GRE-OSITRAN de fecha 29 de noviembre de 2010, el Regulador requirió información complementaria a PROINVERSIÓN y que mediante Oficios N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN y N° 355-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, recibidos por OSITRAN con fechas 28 y 29 de diciembre de 2010 respectivamente, se contestó dicho requerimiento, es que se procede a emitir el presente Informe.

II. ALCANCE

3. De acuerdo con sus competencias, se procede a emitir Informe respecto de la mencionada Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión, aprobado por el Comité PRO PUERTOS de PROINVERSIÓN.

Sin perjuicio de ello, y en virtud del requerimiento efectuado por el Regulador, también se considera para efectos de la presente emisión de opinión, las modificaciones planteadas a la versión final del contrato contenidas en el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN de fecha 28 de diciembre de 2010.

4. En consecuencia, cualquier modificación o inclusión posterior que se realice a dicha propuesta de Contrato, no contemplada en el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-



DAT/PROINVERSIÓN, no podrá considerarse que cuenta con la evaluación y opinión previa de OSITRAN.

III. ANTECEDENTES

5. Mediante Oficio N° 962/2010/SG/PROINVERSIÓN, recibido con fecha 25 de noviembre de 2010, PROINVERSIÓN envió a OSITRAN el Proyecto de Versión Final de Contrato de Concesión del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, Muelle Norte).
6. Mediante Oficio N°121-10-GRE-OSITRAN, de fecha 29 de noviembre del 2010, y recibido ese mismo día en Mesa de Partes, se requirió a PROINVERSIÓN información adicional para la emisión de opinión por parte de OSITRAN, respecto del modelo económico financiero, el sustento del establecimiento de los niveles tarifarios máximos de los servicios estándar y de los servicios especiales regulados, la existencia de servicios estándar que podrían no ser económicamente viables, la evaluación de que el esquema propuesto para la entrega en concesión del Muelle Norte no derive en el incumplimiento de la Cláusula 10.1.3 del Contrato de Concesión del Muelle Sur, la precisión de algunos indicadores de calidad, entre otros aspectos.
7. En atención a la solicitud de información de OSITRAN, mediante Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, de fecha 28 de diciembre de 2010, PROINVERSIÓN remitió parcialmente la información solicitada por OSITRAN.
8. Mediante Oficio N°355-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, recibido con fecha 29 de diciembre de 2010, PROINVERSIÓN remitió el Modelo Económico Financiero solicitado por OSITRAN.

IV. ANÁLISIS LEGAL

IV.1 DEL MARCO GENERAL DE ATRIBUCIONES DE OSITRAN

9. La Ley No.26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público dispone en su artículo 2°, la creación de OSITRAN como un organismo público descentralizado que goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
10. El artículo 3° de la referida Ley No.26917, señala que es misión de OSITRAN regular el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

De esta manera, resulta claro que en el proceso de suscripción del contrato de concesión, no es competencia de OSITRAN velar por los intereses del Estado, dado que dicha labor le compete a los organismos del sector Transportes y Comunicaciones quienes actúan en su rol de entidad concedente, correspondiendo a OSITRAN actuar como árbitro, imparcial y objetivo, entre los intereses de los diferentes actores involucrados (Concedentes, Concesionario y Usuarios), debiendo para ello cuidar de observar el marco legal vigente, de



conformidad con lo dispuesto por el numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

11. Asimismo, el artículo 5° de la Ley antes mencionada señala que OSITRAN tiene por objetivo velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
12. Finalmente, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por Ley N° 28337, dictó los lineamientos y normas de aplicación general para todos los organismos reguladores, encontrándose OSITRAN dentro de sus alcances.

IV.2 DE LOS ALCANCES DE LA OPINIÓN DEL REGULADOR

13. El 13 de mayo del 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's).
14. Al respecto, el inciso 9.3 del Artículo 9° de la Ley Marco de APP's señala que el diseño final del contrato de asociación público – privada "... requerirá la opinión del organismo regulador correspondiente...".
15. Asimismo, el último párrafo del inciso 9.3 precisa que "los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales."
16. El 09 de diciembre del 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de APP's).

Sobre el particular, el Artículo 8° del mencionado Reglamento señala que "...el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirán la opinión favorable ... del organismo regulador ..."

17. Al respecto, el inciso 11.1 del Artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APP' señala que "... la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato."

18. De otro lado, debe tenerse en consideración que:

- (i) Se declaró de necesidad nacional y ejecución prioritaria la promoción de la inversión privada del Terminal Norte Multipropósito del Callao, conforme al Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 121-2009 publicado el 24 de diciembre de 2009, modificado por el Artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 039-2010 publicado el 10 de junio de 2010.



- (ii) Se extendió únicamente hasta el 31 de diciembre de 2010 los alcances de las medidas dispuestas por el Decreto de Urgencia N° 047-2008, conforme a lo señalado por el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 121-2009¹.
- (iii) En virtud de lo señalado en el ítem (ii) precedente, resulta de aplicación lo establecido por el Artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 047-2008, el cual dispone que:

Artículo 6.- Opiniones Previas

Las opiniones previas que conforme al marco legal vigente deban emitir las distintas entidades del Estado, incluyendo los organismos reguladores y la Contraloría General de la República, respecto de los proyectos a que se refiere el Artículo 2, se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia.

En ningún caso las entidades podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.

El plazo para emitir las opiniones previas será de diez (10) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud correspondiente. Todo pedido de información adicional para emitir la opinión previa necesariamente deberá formularse dentro del plazo de tres (3) días hábiles de recibida la solicitud y por única vez. En tanto no se reciba la información adicional se suspende el cómputo del plazo de diez (10) días hábiles.

- 19. En consecuencia, queda claro que el marco legal especial relacionado con la promoción de las concesiones bajo la modalidad de asociación público privadas, ha limitado las materias respecto de las cuales el Regulador puede emitir opinión al analizar la versión final del contrato de concesión.

IV.3 DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

- 20. Sobre el particular, en virtud del marco legal precedentemente citado, podemos señalar lo siguiente:

- (i) La opinión previa que deba emitir el Regulador se efectuará respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia (Art. 6 del D.U. N° 047-2008, concordado con el Art. 2 del D.U. N° 121-2009).
- (ii) La opinión de OSITRAN se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato, lo cual implica que la opinión del regulador deberá versar sobre las cláusulas contenidas en los mencionados capítulos (Art. 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP's).
- (iii) En ningún caso OSITRAN podrá emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo

Artículo 2.- Extensión de los alcances de las medidas dispuestas por el Decreto de Urgencia N° 047-2008

Extender hasta el 31 de diciembre de 2010 los alcances de las medidas dispuestas a través del Decreto de Urgencia N° 047-2008, así como lo establecido en la Ley N° 29339, Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de inversión durante el Bienio 2009-2010, a los proyectos referidos en el artículo anterior.



Directivo de PROINVERSIÓN. (Art. 6 del D.U. N° 047-2008, concordado con el Art. 2 del D.U. N° 121-2009).

V. CUESTIÓN PREVIA: DEL PLAZO PARA LA EMISIÓN DE OPINIÓN

21. Al respecto, teniendo en consideración que:

- (i) Con fecha 25 de noviembre de 2010, mediante Oficio N°962/2010/SG/PROINVERSIÓN; la Agencia de Promoción remitió a OSITRAN la denominada Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
- (ii) Con fecha 29 de noviembre de 2010, mediante Oficio N° 121-10-GRE-OSITRAN, el Regulador requirió información adicional a PROINVERSIÓN.
- (iii) Con fecha 28 de diciembre de 2010, PROINVERSIÓN remitió el Oficio N°353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN y anexos, como contestación al requerimiento anteriormente mencionado.
- (iv) Con fecha 29 de diciembre de 2010, mediante Oficio N°355-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, PROINVERSIÓN remitió el Modelo Económico Financiero solicitado por OSITRAN.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 121-2009, concordado con el Artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 047-2008, el plazo para emitir la opinión vencerá el día 10 de enero de 2011.

VI. TERMINAL NORTE MULTIPROPÓSITO DEL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO (MUELLE NORTE)

VI.1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROYECTO

22. La Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión, materia de opinión del OSITRAN, tiene como objeto el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (*en adelante Muelle Norte*); y comprende la modernización de los ex muelles 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11, operados actualmente por ENAPU S.A.
23. La finalidad del proceso de concesión es que el Muelle Norte cuente con la infraestructura y equipamiento necesario para elevar su eficiencia operativa a niveles internacionales, logrando consolidarse como Puerto Hub de la Costa Oeste de América del Sur.

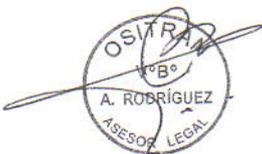
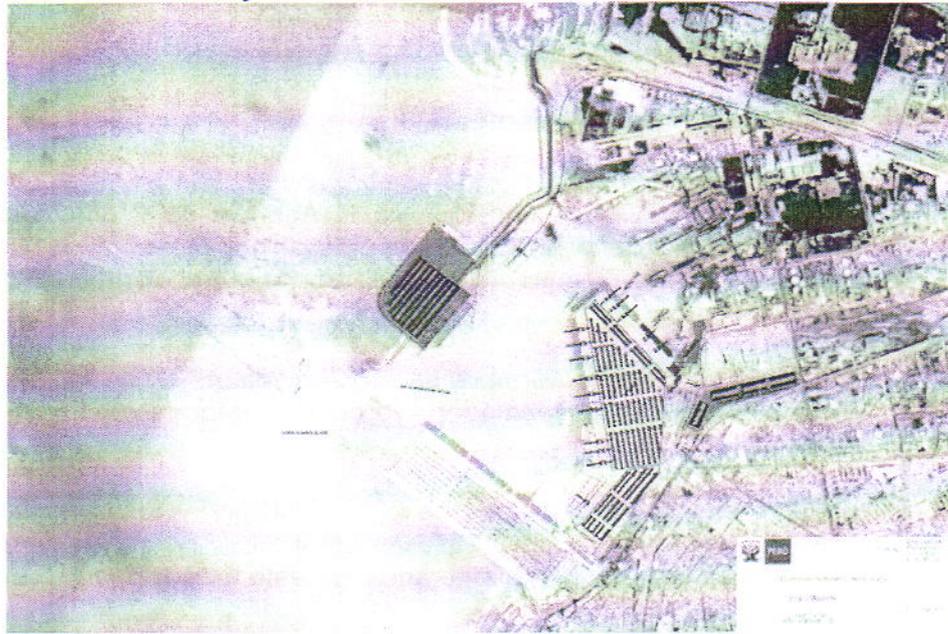


Figura 1
Proyecto del Muelle Norte - Puerto del Callao



Fuente: PROINVERSION

24. El área de influencia directa del Muelle Norte incluye las regiones Lima, Cerro de Pasco, Huánuco, Ayacucho, Junín y Huancavelica. No obstante, al ser el puerto peruano de mayor envergadura y regularidad, carga de otras regiones del país también son movilizadas por el Muelle Norte, llegando incluso a representar, en el año 2009, el 70% del total de la carga movilizada por el Sistema Portuario Nacional (públicos y concesionados).
25. Por el Muelle Norte se movilizan todo tipo de carga: contenedores, granel sólido, granel líquido, fraccionada y rodante. Según información de ENAPU, para el año 2009, estas cargas representaron el 53%, 35%, 8%, 3% y 1% del total de carga movilizada en dicho terminal, respectivamente.
26. En la actualidad el Muelle Norte cuenta con almacenes, zonas, anexos y patios para contenedores con áreas de 21 175 m², 110 395 m², 26 103 m² y 84 670 m²; asimismo, cuenta con silos para granos con una capacidad para 25 765 TM.
27. Entre el equipamiento con el que cuenta el Muelle Norte, se tienen remolcadores, lanchas, stackers, elevadores, camiones, grúas pórtico de muelle, grúas pórtico de patio, escalas electrónicas, un sistema de transferencia de granos y un sistema de transferencia de combustibles.
28. Las futuras inversiones en modernización del Muelle Norte se realizarán en 6 etapas. Las Etapas 1 y 2 son de ejecución obligatoria, mientras que las Etapas 3, 4, 5 y 6 se ejecutarán en función a la demanda (cuando se alcance una demanda de 1 millón, 1,3 millones, 1,5 millones de TEUs anuales y cuando el Concesionario lo considere conveniente en un plazo máximo de 5 años a partir de la fecha de suscripción del Contrato, respectivamente).
 - La Etapa 1 incluye la modernización de un amarradero que permita atender naves post-panamax (dragado de -14 m.) y la adquisición e instalación de 3 grúas pórtico de muelle tipo post-panamax, así como la adquisición de 9



grúas pórtico de patio, 2 reach stacker, 12 terminal trucks, 12 vagonetas para traslado de contenedores y 2 grúas móviles.

- La Etapa 2 contempla la construcción de un túnel para la instalación de una faja subterránea, así como la adquisición e instalación de la faja transportadora subterránea. Adicionalmente, se contempla la adquisición de una grúa móvil.
- La Etapa 3 incluye la construcción de un nuevo frente de atraque marginal diagonal (unirá los actuales muelles 1 y 2), construcción de un área de respaldo para patio de contenedores, dragado a -14 m., adquisición de 3 grúas pórtico post-panamax para el nuevo frente de atraque marginal y adquisición de equipos de patio de contenedores.
- La Etapa 4 contempla la construcción de un nuevo frente de atraque marginal (unirá los actuales muelles 3 y 4) construcción de un área de respaldo para patio de contenedores, dragado a -14 m., adquisición de 3 grúas pórtico post-panamax para el nuevo frente de atraque marginal y adquisición de equipos de patio de contenedores.
- La Etapa 5 incluye la construcción de un nuevo frente de atraque marginal (unirá los actuales muelles 4 y 5) construcción de un área de respaldo para patio de contenedores, dragado a -14 m., adquisición de 3 grúas pórtico post-panamax para el nuevo frente de atraque marginal, adquisición de equipos de patio de contenedores y la construcción de nuevos silos o un sistema de almacenamiento para granos.
- La Etapa 6 contempla la construcción de: el acceso carretero al nuevo terminal de contenedores, una nueva plataforma para el muelle de hidrocarburos, un nuevo terminal de contenedores en la zona nór-oeste (muelle de 400 m.) y la adquisición de equipamiento portuario (4 grúas pórtico de muelle tipo post-panamax, 9 grúas de patio, 12 terminal trucks, 12 chasis para contenedores y 4 reach stacker).

VI.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

29. En la Tabla 1 se muestran las principales características del proyecto de Contrato de Concesión del Muelle Norte:

Tabla 1
Características principales del Contrato de Concesión del Muelle Norte

Item	Característica
Inversión Proyectada Referencial ²	US\$ 884 millones (incluido el IGV)
Plazo del Contrato	30 años contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato
Tipos de Inversión	<u>Inversión Referencial</u> : La referida a las 6 etapas previstas en el Contrato de Concesión. <u>Inversiones Complementarias</u> : Inversiones que el

² Dicha información ha sido obtenida a partir de la siguiente dirección electrónica, visitada el 29 de diciembre de 2010:

<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaEichaHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=4844>



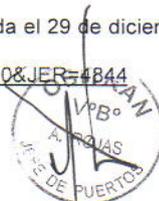












	Concesionario considera conveniente realizar. No se encuentran contempladas dentro de las Obras Iniciales y Obras en función a la demanda.
Obras a ejecutar	<p>Obras iniciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Correspondientes a las Etapas 1 y 2, de acuerdo a lo indicado en el Apéndice 1 del Anexo 9 del Proyecto de Contrato de Concesión. <p>Obras en función a la demanda:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>Etapa 3:</u> cuando se alcance una demanda de 1 millón de TEUs anuales. ✓ <u>Etapa 4:</u> cuando se alcance una demanda de 1,3 millón de TEUs anuales. ✓ <u>Etapa 5:</u> cuando se alcance una demanda de 1,5 millón de TEUs anuales. ✓ <u>Etapa 6:</u> cuando el Concesionario lo considere conveniente en un plazo máximo de 5 años a partir de la fecha de suscripción del Contrato.
Servicios ofertados	<p>Servicios Estándar (Regulados):</p> <ul style="list-style-type: none"> i) A la nave ii) A la carga <p>Servicios Especiales (Regulados y No Regulados):</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Todos los servicios distintos a los servicios estándar.
Ingresos de la Concesión	<p>Ingresos brutos obtenidos de la recaudación por la prestación de los:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Servicios Estándar - Servicios Especiales <p>Excepto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ingresos por servicio de practicaje y remolcaje de alguna empresa vinculada al Concesionario. • Reembolso del pago de los servicios públicos a los que se refiere la Cláusula 6.33 (oficinas para entidades públicas).
Cierre Financiero	<p>Deberá acreditarse el Cierre Financiero como máximo en un plazo de 30 días calendario antes del inicio de la construcción de la Etapa 1.</p> <p>El Expediente Técnico de las Etapas 1 y 2 deberán ser presentados a la APN dentro de los 8 meses contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.</p>
Garantías de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión	<ol style="list-style-type: none"> 1. Desde la Fecha de Cierre hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del plazo de la Concesión: 10% de la Inversión Referencial de las Obras Iniciales. 2. Antes del inicio de la ejecución de cada Etapa: deberá incrementar el monto de la garantía en 10% de la Inversión Referencial de cada Etapa y mantenerla vigente hasta 6 meses posteriores a la emisión del Acta de Recepción de obras de cada etapa.
Otros aspectos	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Contrato de Asociación en Participación entre la empresa concesionaria y ENAPU S.A: 16,52% de las utilidades a favor de ENAPU. ✓ Participación de postes con alguna vinculación con líneas navieras: se sanciona cualquier conducta discriminatoria y anticompetitiva.



VII. ANÁLISIS

30. El análisis que se presenta en esta sección se ha realizado tomando en consideración la *Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión para el otorgamiento en concesión del "Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao* (versión del 23 de noviembre del 2010); siendo que de acuerdo al marco legal vigente, el Regulador emitirá opinión respecto de tres aspectos de su competencia: sistema tarifario, acceso a las facilidades esenciales y calidad de servicio.
31. Sin perjuicio de ello, y en virtud del requerimiento efectuado por el Regulador, también se considera para efectos del presente análisis, las modificaciones planteadas a la versión final del contrato contenidas en el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN de fecha 28 de diciembre de 2010.
32. Previo a realizar dicho análisis, debemos precisar que la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión establece que el Concesionario podrá ofrecer: Servicios Estándar y Servicios Especiales. Respecto de estos últimos, el Contrato de Concesión distingue entre Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria y aquellos que se prestan en condiciones de competencia.
33. En consecuencia, la opinión de OSITRAN sobre la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión se centrará en los servicios que se encontrarían sujetos a regulación tarifaria (i.e. servicios estándar y servicios especiales regulados).

VII.1 ASPECTOS TARIFARIOS

34. El sistema tarifario comprende tres elementos: estructura tarifaria (forma cómo se han organizado las prestaciones), unidad de cobro (variable asociada a la prestación que brinda el puerto) y el nivel tarifario (moneda y valor monetario asociado a la prestación de los servicios).

VII.1.1. Estructura tarifaria

35. La Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión propone, bajo la denominación de servicios estándar, la siguiente estructura tarifaria:
- a) **Servicios a la nave:** incluye la utilización de amarraderos y el servicio de amarre y desamarre.
 - b) **Servicios a la carga:** incluye el embarque y/o desembarque de cualquier tipo de mercadería.

Estos servicios serán prestados por el Concesionario de manera exclusiva, por lo que nos encontramos ante un esquema del tipo monopropietario.

36. Al respecto, puede afirmarse que la estructura tarifaria de los servicios estándar es consistente con lo establecido en los actuales terminales portuarios nacionales e internacionales entregados en concesión bajo el esquema monopropietario.

37. Cabe mencionar que teniendo en consideración el desempeño de las actuales concesiones de los puertos peruanos del tipo monopropietario, la Versión Final del



proyecto de Contrato de Concesión incorpora en la definición de los servicios estándar el detalle de qué servicios incluye.

38. No obstante, en la Cláusula 8.19 no se ha precisado que el servicio estándar: (i) para carga contenerizada incluye el servicio de estiba/desestiba, y (ii) para carga fraccionada incluye el servicio de manipuleo en el muelle y la tarja en el área de almacenaje, entre otros; asimismo, no se ha mencionado ningún tratamiento para carga rodante.
39. De otro lado, se precisa que la tarifa del servicio estándar en función a la carga incluye "viii) Los trámites vinculados con regímenes aduaneros que sean requeridos de acuerdo con las Leyes y Disposiciones Aplicables".
40. Sobre este punto, debemos mencionar que tal precisión podría generar confusiones y posteriores reclamos, toda vez que un trámite aduanero normalmente está relacionado al cumplimiento de la presentación de los documentos de la carga ante la autoridad aduanera (que es responsabilidad del dueño de la carga o su representante). En ese sentido, se recomienda incorporar lo siguiente: "los servicios esenciales de carácter aduanero que sean requeridos de acuerdo con el marco legal vigente".
41. Respecto de los servicios especiales regulados, se debe mencionar que no es posible conocer hoy cual(es) será(n) el (los) servicio(s) demandado(s) en el Muelle Norte y por ende no puede(n) ser explicitado(s) en el Contrato de Concesión. En ese sentido, es de esperarse que la creación de nuevos servicios especiales (regulados y/o no regulados) deberá contar con la misma estructura tarifaria de servicios a la nave y a la carga.
42. No obstante lo antes señalado, en el Anexo 23 de la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión se han listado algunos servicios especiales que se encontrarán sujetos a regulación tarifaria, siguiendo la misma estructura tarifaria arriba mencionada (a la nave y a la carga).
43. Al respecto, debe modificarse la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, con la finalidad de establecer de manera clara que dicha lista de servicios especiales es meramente referencial y no implica que esos serán los únicos servicios especiales que está facultado a prestar el Concesionario.

VII.1.2. Unidad de cobro

44. Respecto de la unidad de cobro, la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión señala que las tarifas a la carga y a la nave serán cobradas en dólares por contenedor (tonelada para carga distinta a la carga contenerizada) y en metro-eslora-hora, respectivamente.
45. Sobre el particular, se puede decir que la propuesta es razonable desde una perspectiva comercial, además de ser consistente con las unidades de cobro que se utiliza en otros puertos de la región y nacionales.

VII.1.3. Nivel tarifario

46. Con relación a los niveles tarifarios, éstos deben de cumplir con los principios de sostenibilidad de la oferta y eficiencia. Al respecto, el artículo 18° del Reglamento de Tarifas de OSITRAN (RETA), define ambos principios de la siguiente manera:



(...)

3. **Sostenibilidad de la oferta:** Los niveles de los precios regulados que se establezcan deben asegurar la sostenibilidad de una oferta de servicios de calidad y estimular su desarrollo. El nivel tarifario deberá permitir que se cubra los costos económicos de la prestación del servicio (incluyendo la retribución al capital).

(...)

Eficiencia productiva: En la producción de servicios derivados de la explotación de la infraestructura de Transporte de Uso Público deberá procurarse minimizarse el costo de producción con el nivel dado de la infraestructura.

La eficiencia asignativa: Las tarifas deben reflejar los costos económicos eficientes. En el largo plazo las tarifas tenderán a igualar el costo marginal de producción de los servicios, procurándose una mejor asignación de recursos en la inversión y administración de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras.

(...)"

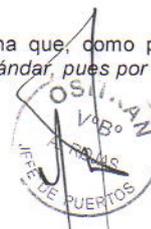
47. De acuerdo al Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSION y a las Bases del Concurso del Muelle Norte, el factor de competencia seleccionado por PROINVERSION es la menor tarifa (o menor índice tarifario) por tipo de carga para el caso de los servicios estándar y del mayor descuento para el caso de las tarifas de los servicios especiales regulados; y en caso de empate, el siguiente factor de competencia es el mayor monto de Inversiones Complementarias Adicionales (ICA).
48. En ese contexto, los niveles tarifarios a ser fijados, tanto para los servicios estándar como para los servicios especiales regulados, serán aquellos que provengan de un proceso competitivo (competencia ex-ante o por el mercado), con lo cual dichos niveles tarifarios cumplirían con los principios establecidos en el RETA de OSITRAN: se garantiza la sostenibilidad de la oferta pues se espera que ningún postor ofrecerá una tarifa que no le permita cubrir sus costos (incurriría en pérdidas) y la eficiencia debido a que el postor que gane la subasta será aquel que ha minimizado sus costos de producción, pudiendo ofrecer así la menor tarifa.
49. Sin perjuicio de lo antes mencionado, corresponde a PROINVERSION, como entidad única responsable del diseño de la Concesión, procurar que el esquema de concesión a utilizar para la entrega en concesión del Muelle Norte, no derive en un escenario de competencia desleal en contra del Muelle Sur³, estando prohibido por el marco normativo al Regulador pronunciarse sobre este aspecto
50. En consecuencia, con relación al sistema tarifario, el Regulador emite opinión favorable con respecto a: la estructura de las tarifas, a la unidad de cobro y al nivel tarifario sujeto a que se efectúen las precisiones arriba mencionadas.

VII.2. SOBRE EL PROCESO DE FIJACIÓN Y REVISIÓN TARIFARIA

VII.2.1. Fijación Tarifaria

51. Las tarifas de los Servicios Estándar y Servicios Especiales regulados serán fijadas en el proceso de subasta e incorporadas en los anexos 5 y 23 del Contrato de Concesión, respectivamente.

³ En el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSION, PROINVERSION menciona que, como parte del diseño del factor de competencia, "no es necesario fijar un mínimo para el servicio estándar, pues por los otros límites resulta obvio que pueden ofertar entre US\$ 74 y 90 por el mismo".



52. Respecto de la fijación tarifaria de nuevos servicios especiales, la Cláusula 8.23 de la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión establece que el Concesionario, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, deberá contar de manera previa con el pronunciamiento del INDECOPI respecto de las condiciones de competencia del servicio que pretende ofrecer. En caso dicho servicio no sea prestado en condiciones de competencia, el Regulador evaluará el inicio del proceso de fijación tarifaria de acuerdo a los procedimientos establecidos en el RETA.
53. Al respecto, debemos mencionar que el referido procedimiento de fijación de tarifas para nuevos servicios especiales que no se presten en condiciones de competencia, se encuentra acorde con lo establecido en el Artículo 59° del Reglamento de la LSPN y en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, así como en el D.S. N° 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN.
54. Sin embargo, en la misma Cláusula 8.23 del proyecto de Contrato de Concesión se establece que para el caso de los Servicios Especiales con tarifa señalados en el Anexo 23, al tener dichas tarifas el carácter de transitorias, deberán ser fijadas por el Regulador, previa opinión del INDECOPI respecto de las condiciones de competencia de esos servicios.
55. Sobre el particular, debemos mencionar que si las tarifas de los servicios especiales señaladas en el Anexo 23 son fijadas en el proceso de subasta, no ameritaría una posterior fijación de tarifas por parte del Regulador; pues dichas tarifas son el resultado de un proceso competitivo, que es precisamente el objeto de la regulación tarifaria –fijar tarifas que emulen la competencia–.
56. En ese sentido, se recomienda eliminar del proyecto de Contrato de Concesión toda referencia a la que las tarifas de los servicios especiales señalados en el Anexo 23 son transitorias y que estarán sujetas a un posterior proceso de fijación tarifaria por parte del Regulador.

VII.2.2.Revisión Tarifaria

57. En lo que respecta a la revisión tarifaria, la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión establece que el Regulador realizará la primera revisión de tarifas a partir del quinto año de concesión, así como revisiones de tarifas cada cinco años, aplicando el mecanismo regulatorio de tarifas tope por “RPI - X”.
58. Al respecto, debemos mencionar que la aplicación del mecanismo RPI - X permite trasladar a los usuarios, vía reducciones en tarifas, las ganancias en eficiencia que pudiese obtener el Concesionario. Recuérdese que este mecanismo genera los incentivos para que la empresa reduzca sus costos (eficiencia productiva) y así obtener beneficios en el mediano plazo, para luego mediante la aplicación del factor RPI - X dichas ganancias en eficiencia sean trasladadas a los usuarios vía reducciones en tarifas (eficiencia asignativa). En ese sentido, la aplicación de este mecanismo es consistente con lo establecido en otros contratos de concesión de puertos del tipo autosostenible, como es el caso del Terminal Portuario de Paita y Muelle Sur.
59. De otro lado, debemos mencionar que la Cláusula 8.26 del proyecto de Contrato de Concesión establece que los precios (debería decir “tarifas”) de los servicios especiales regulados (fijados en el Anexo 23) se ajustarán únicamente por RPI.



60. Sobre este punto, si los servicios especiales listados en el Anexo 23 son servicios sujetos a regulación tarifaria (no se prestan en condiciones de competencia), podríamos decir que son servicios cuyos precios no son resultado de la competencia, y por lo tanto la empresa podría no tener los incentivos para trasladar a los usuarios las ganancias en eficiencia que pudiese haber obtenido.
61. En ese sentido, debe precisarse que además de los servicios estándar, a todos los servicios especiales sujetos a regulación tarifaria (servicios especiales regulados), también les será de aplicación del mecanismo regulatorio de RPI - X (los precios de los servicios especiales que se prestan en condiciones de competencia no serán reajustados en función al RPI, pues ellos son reajustados por el mercado).

VII.3. RÉGIMEN DE ACCESO

62. Respecto del régimen de acceso, el último párrafo de la Cláusula 2.7 del proyecto Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"Las Partes y la APN reconocen que en aplicación de lo establecido en el numeral 11.3 del artículo 11 de la LSPN modificado por el Decreto Legislativo N° 1022, no serán de aplicación al presente Contrato las normas del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, aprobado por resolución del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 054-2005-CD/OSITRAN y Resolución del Consejo Directivo N° 006-2009-CD/OSITRAN o aquella norma que lo sustituya, salvo en el caso de los servicios de practicaje y remolcaje."

63. En ese sentido, considerando que el Muelle Norte será del tipo monopropietario (i.e. tiene la exclusividad para la prestación de los servicios esenciales) resulta razonable la no aplicabilidad del REMA para el caso de la prestación de los servicios estándar y especiales.
64. Dado que el acceso al recinto portuario para prestar los servicios de practicaje y remolcaje es un servicio esencial sujeto al régimen de acceso (tal cual ocurre en otras infraestructuras portuarias del país), corresponde efectivamente la aplicación del REMA, tal y como ha sido incorporado en la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión.
65. De otro lado, en el penúltimo párrafo de la Cláusula 8.1 se señala que la prestación del Servicio Estándar requerido por un usuario puede no ser técnica y económicamente viable, siendo necesaria la suscripción de un acuerdo entre el Concesionario y el usuario para que el primero facilite la entrada de los equipos requeridos para que usuario pueda contar con el referido servicio estándar.
66. Sobre este punto, el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSION señala que podría presentarse el caso que uno o más usuarios soliciten al Concesionario la prestación de un servicio estándar cuya atención exija que éste efectúe inversiones considerables, no previstas en el Proyecto Referencial, cuya recuperación signifique el cobro a los usuarios de tarifas muy altas por su prestación.

67. Al respecto, PROINVERSION plantea un escenario no previsto en las obligaciones de inversión del concesionario; además de no conocer de qué servicio se trata o qué infraestructura podría ser necesaria a futuro. A la par, propone una obligación al concesionario a manera de solución de esta posible coyuntura, incluyendo los conceptos de "técnica" y "económicamente" viable



como criterios de decisión, lo cual a la postre podría significar una mera discrecionalidad a favor del concesionario al momento de evaluar las solicitudes de los posibles usuarios.

68. Adicionalmente a lo antes señalado, el Concesionario podría llegar a un acuerdo con el Usuario para que el primero realice la inversión específica, comprometiéndose el segundo a pagar exactamente el costo de la provisión de ese servicio; llegándose a una solución de mercado (tanto el Concesionario como el Usuario tienen poder de negociación para la determinación de las condiciones operativas y económicas para la prestación del servicio estándar en cuestión). La inversión para la prestación del servicio estándar por parte del Concesionario puede generar beneficios a otros usuarios que también requerían el servicio, pero que por ser usuarios pequeños no contaban con los suficientes recursos para implementar dicha inversión.⁵
69. Por tanto, se considera que el Contrato de Concesión no debería incluir la obligación referida en el numeral 65, en tanto el problema no se encuentra bien definido. En suma, lo apropiado es que se evalúe cada caso en su oportunidad.
70. Finalmente, en el último párrafo de la Cláusula 8.1, referido al embarque de minerales, señala que tal servicio deberá ser prestado en el Terminal Norte Multipropósito en tanto no se encuentre operativo el Terminal de Embarque del concentrado de minerales, debiendo tomar en cuenta la sociedad Concesionaria tal condición para la prestación del referido servicio como para la suscripción de contratos con terceros.
71. Se recomienda revisar el párrafo en mención, tomando en cuenta la existencia de 2 contratos firmados con CORMIN y PERUBAR para embarcar minerales por el muelle 3 ó 5 producto de una subasta pública y en concordancia con los lineamientos Técnicos para el uso de fajas transportadoras herméticas para embarque/descarga de gráneles sólidos y cuya operación con fajas y camiones especiales comenzará a operar.
72. En consecuencia, con relación al régimen de acceso a las facilidades esenciales, el Regulador emite opinión favorable sujeto a que se efectúen las precisiones arriba mencionadas.

VII.4. CALIDAD DEL SERVICIO

73. En el numeral 8.14 relativo a los contratos de reserva de espacios de acoderamiento, establece que *“El REGULADOR podrá establecer mecanismos eficientes de asignación de espacios de acoderamiento en caso que la demanda de los mismos sea superior al espacio disponible.”*
74. Al respecto, debe señalarse que al Regulador no le compete el control o planificación de la operatividad del Puerto, como por ejemplo, la asignación de amarraderos u horarios en los que deben ingresar las naves. Por tanto, debe eliminarse el citado párrafo.

5

Un ejemplo de esta solución de mercado es el contrato suscrito entre la empresa concesionaria del Terminal Portuario de Matarani (TISUR) y la empresa minera Cerro Verde, mediante el cual TISUR instaló, a solicitud de la empresa Cerro Verde, una faja hermética para embarcar minerales. En este caso, la faja hermética también es utilizada por otros usuarios para embarcar minerales a una tarifa fijada por el Regulador, mientras que la tarifa que le cobra TISUR a Cerro Verde no se encuentra regulada.



75. En el Anexo 3 ("Niveles de Servicio y Productividad"), se consideran los rendimientos de las grúas para contenedores y para granos agrícolas; sin embargo, no se especifican los niveles de productividad para los demás tipos de carga: fraccionada, carga de vehículos (con grúa o RORO), etc. Por tanto, se considera necesario especificar tales indicadores a fin de poder hacer exigible dichos niveles de calidad al Concesionario.
76. En consecuencia, con relación a la calidad de servicio, el Regulador emite opinión favorable sujeto a que se efectúen las precisiones arriba mencionadas.

VII.5. CONSIDERACIONES GENERALES

De la definición de "empresa vinculada"

77. Al respecto, observamos, la versión final del contrato establece las siguientes definiciones con relación a "empresa vinculada" y a "grupo económico":

1.23.43 Empresa Vinculada
Es cualquier Empresa Afiliada, Empresa Subsidiaria o Empresa Matriz.

(...)

1.23.57 Grupo Económico
Es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales, conforme a las definiciones contenidas en la Resolución de CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, modificada por Resolución CONASEV N° 005-2006-EF/94.10 o norma que la modifique o sustituya.

78. Como puede observarse, se establece como empresa vinculada a cualquier empresa afiliada, subsidiario matriz, sin incluirse al contenido del concepto grupo económico, desarrollado por el mismo contrato.
79. En consecuencia, encontramos positiva la precisión sugerida en el Anexo al Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, en donde se propone la siguiente modificación a la versión final del contrato:

1.23.43 Empresa Vinculada
Es cualquier Empresa Afiliada, Empresa Subsidiaria o Empresa Matriz, conforme a las definiciones contenidas en el presente Contrato de Concesión y en la Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, modificada por Resolución CONASEV N° 005-2006-EF/94.10 o norma que la modifique o sustituya.

De los servicios especiales

80. La cláusula 8.20 establece que "[s]in perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que lo soliciten, pudiendo cobrar por dichos Servicios un Precio o una Tarifa, según corresponda" (El subrayado es nuestro)
81. De otro lado, la cláusula 8.23 dispone que "... por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará facultada a cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda." (El subrayado es nuestro)
82. Al respecto, dado que en virtud de la cláusula 2.7 se otorga exclusividad al concesionario para la prestación de servicios, no debería dársele la posibilidad



15 de 22



para que pueda optar por no prestar aquellos servicios que siendo especiales, no tienen sustitutos (servicios especiales con tarifa).

83. En consecuencia, encontramos positiva la precisión sugerida en el Anexo al Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN, en donde se propone la siguiente modificación a la versión final del contrato:

8.20 SERVICIOS ESPECIALES

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

Por la prestación de los servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA, podrá cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. La SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra obligada a prestar a los Usuarios que lo soliciten los Servicios Especiales con Tarifa, así como el Servicio Especial de Almacenamiento.

8.23 Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la Sociedad Concesionaria **cobrará** un precio o una Tarifa, según corresponda.

De las garantías a favor de los acreedores permitidos

84. La Cláusula 10.3 del proyecto de Contrato de Concesión, primer párrafo referido a las Garantías a favor de los Acreedores Permitidos, señala que el Concedente es el encargado de autorizar el otorgamiento de las garantías a favor de los Acreedores Permitidos, respecto del derecho de la Concesión, los ingresos de la Concesión o las acciones o participaciones del Concesionario, para lo cual deberá contar con la opinión favorable de la Autoridad Portuaria Nacional y la opinión técnica del Regulador.
85. Al respecto, el Artículo 55° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, señala que es la Autoridad Portuaria Nacional la encargada de aprobar el otorgamiento de garantías de los derechos sobre las concesiones, razón por la cual la mencionada cláusula deberá adecuarse a lo dispuesto por el marco legal citado.

Del aporte por regulación

86. Respecto de la Cláusula 14.18 del proyecto de Contrato de Concesión, que se refiere al aporte por regulación, debemos indicar que, con la finalidad de evitar interpretaciones erróneas en cuanto al cálculo del aporte correspondiente, deberá precisarse que la tasa por regulación se calculará y cobrará sobre el total de los ingresos facturados por el concesionario.

De las penalidades

87. La cláusula 19.1, establece que OSITRAN "... en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales...", limitándose al Concedente a requerir del Concesionario la subsanación de dicho incumplimiento; en tanto que la cláusula 19.2 dispone que "[el] monto de las penalidades deberá ser abonado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a la cuenta que para tal efecto indique el CONCEDENTE".
88. Sobre el particular, el artículo 5 y 7° de la Ley N° 26917, precisan que es competencia del Regulador velar por el cumplimiento del Contrato de Concesión, ejecutando, entre otros, el cobro de las penalidades, con el objetivo de disuadir cualquier comportamiento estratégico por parte del Concesionario. En tal sentido,

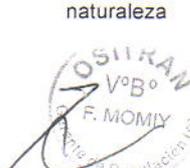


sugerimos evaluar que el monto obtenido por el cobro de las penalidades no puede ser considerado como un ingreso del Estado producto de la Concesión misma, sino por la labor que cumple el Regulador en la verificación del incumplimiento de una obligación contractual por parte del Concesionario. Así, la participación de una tercera entidad, que en este caso es el Regulador, ejercerá un adecuado *enforcement* del Contrato de Concesión.

De la cláusula de arbitraje

89. En el párrafo tercero de la Cláusula 16.2 de la Versión Final del Contrato de Concesión, referido al ámbito de aplicación de la Solución de Controversias, figura el mecanismo jurídico del arbitraje.
90. Sobre el particular dicho párrafo señala que las Partes pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen, no siendo materia de arbitraje, las decisiones del Regulador u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias.
91. Al respecto, es evidente que las opiniones que le son solicitadas por las partes al Regulador no pueden ser llevadas a arbitraje, al constituir este hecho un imposible jurídico toda vez que OSITRAN no suscribe convenio arbitral alguno con las partes del Contrato de Concesión⁷. Así, si las partes solicitan en el marco del Contrato opinión del Regulador, éste lo hará cautelando los intereses de terceros, quienes no participan de la decisión, como el caso de los usuarios pero que podrían verse afectados eventualmente por las decisiones de las partes.
92. De otro lado, entender que mediante contrato se pueda desconocer funciones otorgadas por norma de rango legal a organismos públicos resulta por demás cuestionable, dado que las funciones exclusivas de un organismo regulador no son aspectos de carácter disponible para las partes de una relación contractual.
93. En atención a lo expuesto, sugerimos revisar la referida cláusula, manifestado y aclarando que OSITRAN no sólo no suscribe ni participa en la redacción de cláusula arbitral alguna, expresa o tácitamente, del Contrato de Concesión, por lo que menos aún, puede extenderse cláusula arbitral alguna respecto de sus funciones y atribuciones. De esta manera, el proceso arbitral no puede habilitar apartarse del cumplimiento de las disposiciones y opiniones administrativas expedidas por el Regulador.
94. Por esta razón, resulta necesario que la Versión Final del Contrato de Concesión precise expresamente que las materias que puedan ser objeto de arbitraje entre las partes, no incluyen las opiniones del Regulador.
95. Sin perjuicio de ello, desde ya OSITRAN deja expresa constancia de su negativa, en caso a futuro se le pretenda involucrar en procesos arbitrales que tengan como fin cualquier forma de apartarse los privados del cumplimiento de las disposiciones y opiniones administrativas expedidas por el Regulador en virtud al mérito de sus propias funciones otorgadas en el marco de su ley de creación. Tanto más si es que no ha consentido ni suscrito o intervenido expresa o tácitamente en cláusula arbitral alguna.

⁷ El artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Arbitraje, prevé que el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza



De los criterios de interpretación

96. En la Cláusula 16.3, relativo a los Criterios de Interpretación, deberá agregar un párrafo inicial en donde se señale que la función de interpretación de los Contratos de Concesión es EXCLUSIVA de OSITRAN, de conformidad con lo establecido por el literal e) del inciso 7.1 del Artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, que establece como función del Regulador, "Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación".
97. Como puede advertirse, la función de interpretar los contratos de concesión representa una facultad exclusiva otorgada por norma con rango legal a OSITRAN, razón por la cual no es factible que dicha función pueda ser delegada u otorgada a otra entidad pública o privada, ni tampoco pueda ser materia disponible, a favor de las Partes contratantes.

Del trato directo

98. En la Cláusula 16.11, primer párrafo, se contempla como medio de solución de controversias el Trato Directo, indicando que los conflictos que pudieran surgir con respecto a la interpretación del Contrato serán resueltos por Trato Directo entre las Partes, según el siguiente texto:

"16.11 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes."

99. Al respecto, deberá eliminarse la referencia a "interpretación" por cuanto se reitera lo indicado en los párrafos precedentes, en el sentido que ésta es una función exclusiva de OSITRAN, otorgada por su Ley de creación, Ley N° 26917.

Del equilibrio económico - financiero

100. Los párrafos 11 y 12 de la cláusula 8.29⁸, establecen lo siguiente:

(...)

La discrepancia sobre si existe una ruptura del equilibrio económico financiero será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XVI.

La discrepancia respecto al monto establecido por el REGULADOR originará que la misma sea determinada por tres peritos independientes, designados de la misma forma prevista para la designación de árbitros en la Sección XVI, rigiendo las demás disposiciones de dicha Cláusula en lo que fueran pertinentes, salvo que las soluciones propuestas se refieran a la modificación del régimen tarifario vigente (...)

101. Sobre el particular, consideramos que la determinación de la ruptura y el monto del desequilibrio no son materias arbitrables, dado que conforme al mismo

⁸ Ver página 73 del proyecto de versión final del contrato.



contrato de concesión, es el Regulador quien emite pronunciamiento respecto de estas materias.

De las modificaciones al contrato

102. Finalmente, debemos señalar que la Cláusula 17.1 del proyecto de Versión Final del Contrato de Concesión, relativo al procedimiento que se deberá seguir para las Modificaciones al Contrato, no observa lo dispuesto por el marco legal vigente, a saber el Artículo 9 del D.S. N° 146-2008-EF, Reglamento de la Ley Marco de APP's, el cual establece que el Concedente deberá solicitar al Regulador opinión respecto de la propuesta de adenda luego que haya acordado la redacción de la misma con el Concesionario.
103. En consecuencia, a efectos que la redacción de la mencionada cláusula resulte acorde con el marco legal vigente, se sugiere incorporar el siguiente texto:

17.1. Toda enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá contar con opinión previa de OSITRAN, para lo cual las Partes deberán llegar previamente a un acuerdo respecto del texto del contrato a ser modificado o agregado, luego de lo cual corresponderá al Concedente solicitar al Regulador la emisión de opinión.

Las solicitudes de enmienda, adición o modificación deberán contar con el debido sustento jurídico, técnico y económico financiero. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

[...]

Otras precisiones

104. En la cláusula 1.23.30 (Definición de "Contrato de Concesión"), debe adicionarse que el Contrato de Concesión no solo regirá las *relaciones entre La Sociedad Concesionaria y el Concedente*, sino también las obligaciones entre ambos.
105. Asimismo, en la cláusula 1.23.92 (Definición de "Servicios Especiales"), debe señalarse que corresponde al INDECOPI evaluar las condiciones de competencia; y no al Regulador como se señala en la versión remitida.
106. El literal iii) del primer párrafo de la cláusula 2.7 debe modificarse, de manera tal que haga referencia a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los servicios esenciales por parte del Concesionario; y no de todos los servicios (sin distinción) como actualmente se encuentra redactado.
107. Adicionalmente, deben realizarse las siguientes precisiones:
- a. La cláusula 6.24 relativa a la aprobación de las obras, debe decir *La Sociedad Concesionaria solicitará su recepción a la APN CON COPIA AL REGULADOR, adjuntando...*
 - b. En la cláusula 6.25 debe señalarse que *la APN deberá determinar la aceptación o rechazo de las Obras PREVIA OPINIÓN DEL REGULADOR....*
 - c. En la cláusula 7.4 así como en el Anexo 7, debe indicarse que una vez aprobado el Plan de Conservación, la APN debe remitir copia al Regulador del Plan aprobado.



- d. Debe modificarse la redacción del último párrafo del numeral 8.13, de manera que quede claro que, en tanto los Reglamentos a los que se refiere dicha cláusula no se encuentren aprobados, serán de aplicación los Reglamentos de ENAPU vigentes a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.
- e. La cláusula 1.23, correspondiente a definiciones, debe incluir el significado de cada servicio que comprende el servicio estándar a la carga (tracción, manipuleo, trinca destrinca, etc.), para una mejor comprensión de los usuarios y mantener igual tratamiento que para el caso del servicio estándar a la nave (en este caso si se encuentran definidos los términos amarradero, amarre y desamarre).
- f. El último párrafo de la cláusula 11.8, referido a la renovación de las pólizas de seguros cuando no impliquen una modificación de sus términos y condiciones, debe establecer el plazo para que el Concesionario cumpla con su obligación de informar tal hecho al Regulador⁹.
- g. En el caso de los Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga, contenidos en el literal b del Anexo 3, el Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercancía debe considerarse *“Una vez que el cliente haya realizado el pago de sus derechos y obtenga la autorización del terminal...”*
- h. El último párrafo del numeral I del Anexo N°4, debe establecer que el terminal Norte Multipropósito, proporcionará libre acceso a los usuarios así como a sus vehículos de transporte para el retiro o embarque de su carga, pues se estima que atenderá todo tipo de carga y no solo contenedores.
- i. En la parte del Anexo N°5 referida a la Responsabilidad del Terminal Norte Multipropósito, debe referirse a todo tipo de carga y no limitarse sólo a contenedores.

VIII. CONCLUSIONES

108. El presente Informe se emite respecto de la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión, aprobado por el Comité PRO PUERTOS de PROINVERSIÓN. Sin perjuicio de ello, y en virtud del requerimiento efectuado por el Regulador, también se considera para efectos de la presente emisión de opinión, las modificaciones planteadas a la versión final del contrato contenidas en el Oficio N° 353-2010/JP-PUE-DAT/PROINVERSIÓN de fecha 28 de diciembre de 2010.
109. En el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, se establece que para la versión final de los Contratos de Concesión referidos a la Infraestructura de Uso Público, el Regulador es competente para pronunciarse únicamente sobre temas tarifarios, facilidades esenciales y aspectos referidos a calidad del servicio, por lo que OSITRAN concluye que:

- Con relación a los aspectos tarifarios, se propone emitir opinión favorable con respecto a: la estructura de las tarifas, a la unidad de cobro y al nivel

⁹ Algunos Contratos de Concesión, establecen que en caso la renovación de las pólizas de seguro no impliquen una modificación de sus términos y condiciones, sólo será necesario informar tal hecho al Regulador con 10 días de anticipación al vencimiento de las pólizas correspondientes, sin necesidad de requerir su opinión.



tarifario sujeto a que se efectúen las precisiones mencionadas en la sección VIII.1.

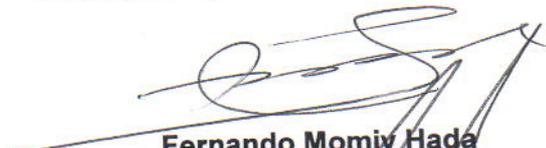
- Asimismo, debe efectuarse las precisiones mencionadas en la sección VIII.2 respecto de los procesos de fijación y revisión tarifaria.
 - Con relación al uso de facilidades esenciales, se propone emitir opinión favorable sujeto a que se efectúen las precisiones mencionadas en la sección VIII.3.
 - Con relación a la calidad de servicio, se propone emitir opinión favorable sujeto a que se incorporen las precisiones mencionadas en la sección VIII.4.
110. Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención al rol regulador asignado por ley a OSITRAN, en el presente informe se contemplan otros temas de competencia del Regulador, señalados en la Sección VII.5. a manera de Consideraciones Generales, con el propósito que el Regulador cuente con reglas claras y uniformes que aseguren una adecuada ejecución contractual, por lo cual es necesario incorporar las recomendaciones emitidas, teniendo en consideración el riesgo que generaría al sistema de concesiones.



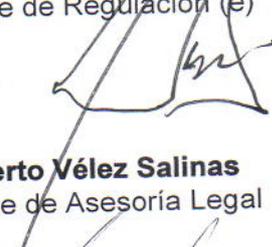
IX. RECOMENDACIONES

111. Tomando en consideración las conclusiones, se recomienda emitir opinión favorable sujeto al levantamiento de las observaciones planteadas respecto a las materias relacionadas con las tarifas, uso de facilidades esenciales y calidad del servicio contenidas en la Versión Final del proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
112. Someter el presente informe a consideración del Consejo Directivo.

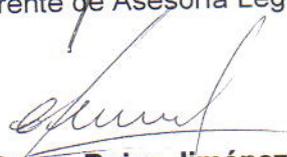
Atentamente,



Fernando Momiy Hada
Gerente de Regulación (e)



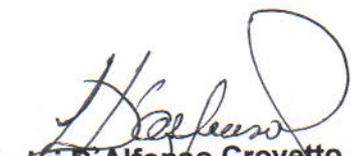
Roberto Vélez Salinas
Gerente de Asesoría Legal



Renzo Rojas Jiménez
Jefe de Estudios Económicos



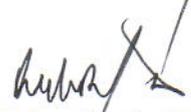
Jorge L. Ning Chaman
Analista de Regulación (e)



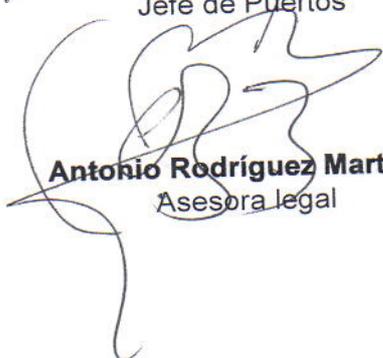
Luigi D. Alfonso Crovetto
Gerente de Supervisión (e)



José Carlos Velarde Sacio
Jefe de Regulación (e)



Atilio Rojas Noriega
Jefe de Puertos



Antonio Rodríguez Martínez
Asesora legal