

HOJA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
HTD: 001937-2014

F. RECEPCION	26/2/2014 15:28:18	TIPO DOCUMENTO	OFICIO	#DOCUMENTO	015-14-SCD-OSITRAN
PROCEDIMIENTO				FECHA DOCUMENTO	26/2/2014
ASUNTO	REMITEN ACUERDO N° 1689-499-CD-OSITRAN Y COPIA DE INFORME N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN MEDIANTE EL CUAL EMITEN OPINIÓN TÉCNICA SOBRE LA VERSIÓN FINAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PROYECTO TERMINAL PORTUARIO GENERAL SAN MARTÍN- PISCO.			REGISTRADO POR:	MESADEPARTES (LIMA)
SOLICITANTE	OSITRAN - JEAN PAUL CALLE CASUSOL				
NOTA					
ADJUNTOS					
A	ACCION	RD	INSTRUCCIONES	FECHA	VoBo
CARLA CHAVEZ CEVASCO (DIRECCIÓN EJECUTIVA)	Aprob. <input type="checkbox"/> Conoc. <input type="checkbox"/> Prep. Inf. <input type="checkbox"/>		TOMAR ACCION -	26/2/2014 15:34:4	
	Aprob. <input type="checkbox"/> Conoc. <input type="checkbox"/> Prep. Inf. <input type="checkbox"/>				
	Aprob. <input type="checkbox"/> Conoc. <input type="checkbox"/> Prep. Inf. <input type="checkbox"/>				
CON COPIA:					
NOTAS					
UBICACION EN ARCHIVO	DIGITALIZACION		HTD <input type="checkbox"/>	EXPEDIENTE <input type="checkbox"/>	



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

OFICIO N° 015-14-SCD-OSITRAN

Lima, 26 de febrero de 2014

Señor

JAVIER ILLESCAS

Director Ejecutivo

PROINVERSIÓN

Av. Enrique Canaval y Moreyra N° 150, Piso 9

San Isidro

PROINVERSIÓN	
MESA DE PARTES	
RECIBIDO	
26 FEB. 2014	
HTD N°: 001937	HORA: 15:28
RECIBIDO POR: JESÚS GARCÍA	
N° FOLIOS DECLARADOS POR EL ADMINISTRADO: -	
LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD	

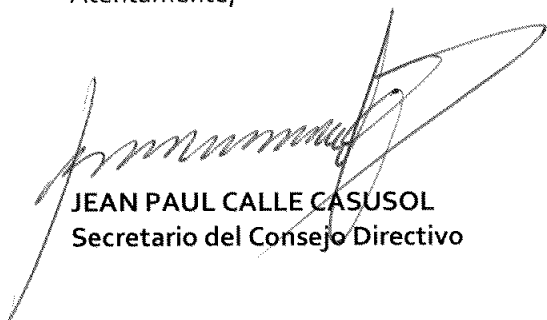
Referencia: Oficio N° 17-2014/PROINVERSION/DPI/SDG/JPAP.02

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión de Consejo Directivo N° 499-14-CD-OSITRAN, de fecha 25 de febrero de 2014, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó el Acuerdo N° 1689-499-14-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN el cual emite opinión técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto del Terminal Portuario General San Martín - Pisco, remitida el 07 de febrero de 2014 mediante documento de la referencia.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como también copia del Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento.

Atentamente;



JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario del Consejo Directivo

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

ACUERDO N° 1689-499-14-CD-OSITRAN
de fecha 25 de febrero de 2014

Vistos, el Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el Oficio N° 17-2014/PROINVERSION/DPI/SDG/JPAP.02, mediante el cual PROINVERSIÓN remitió a OSITRAN la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto del Terminal Portuario General San Martín - Pisco, aprobada por el Comité PRO INTEGRACIÓN de PROINVERSIÓN y el Directorio de la Autoridad Portuaria Nacional; y, según lo informado por el Gerente General; de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el Artículo 28° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, así como en lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

- a) Emitir opinión favorable a la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto del Terminal Portuario General San Martín - Pisco; de acuerdo a las siguientes consideraciones:
 - i. Respecto a los aspectos tarifarios, se da opinión favorable vinculante, sujeta a que se realice las modificaciones señaladas en numeral V.2 del Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
 - ii. Respecto a los aspectos de acceso al servicio, se da opinión favorable vinculante.
 - iii. Respecto a los aspectos de calidad del servicio, se da opinión favorable vinculante, sujeta a que se realicen las modificaciones señaladas en el numeral V.4 del Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
 - iv. Respecto a otros temas de competencia de OSITRAN, la opinión del Regulador es favorable en relación a la aplicación de penalidades a cargo de OSITRAN, sujeta a que se realice las modificaciones vertidas en los numerales 88 y 89 del Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN. Asimismo, respecto de otros aspectos identificados en el numeral V.5 del presente informe mencionado, se solicita tener en consideración las recomendaciones formuladas.
- b) Notificar a PROINVERSIÓN el presente Acuerdo, así como copia del Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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



JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario del Consejo Directivo

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



SO: Para envío de Copy Dintros



INFORME N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN



Para

: **WILLIAM BRYSON BUTRICA**
Gerente General (e)



: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto

: Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión concurso de proyectos del Terminal Portuario General San Martin-Pisco

Fecha

: 20 de febrero de 2014

I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica respecto de la Versión Final del proyecto de "Contrato de Concesión del Concurso de Proyectos del Terminal Portuario General San Martin-Pisco", aprobado por el Comité PRO INTEGRACIÓN de PROINVERSIÓN, con fecha 6 de febrero de 2014, en adelante "Versión Final de Contrato (a febrero de 2014)", remitida por PROINVERSIÓN¹

II. ANTECEDENTES

2. Con el fin de desarrollar un adecuado trabajo de coordinación interinstitucional previo a la emisión de la opinión institucional sobre la versión final del contrato de concesión, desde el mes de enero de 2013, el personal técnico de OSITRAN ha llevado a cabo reuniones de trabajo con funcionarios de las entidades públicas involucradas en el presente proyecto de inversión, a saber: PROINVERSIÓN, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Portuaria Nacional.
3. Asimismo, en diversas oportunidades, OSITRAN ha remitido a PROINVERSIÓN comentarios, observaciones y aportes, respecto de las distintas versiones de contrato, remitidas informalmente, en forma previa a la remisión formal de la Versión Final de Contrato (a febrero de 2014).

Dichos comentarios fueron enviados vía correo electrónico a PROINVERSIÓN, con la finalidad de coadyuvar a que la versión final del contrato de concesión, pueda ser una generada por el esfuerzo de cooperación interinstitucional, en cuyo marco OSITRAN ha

¹ Ver numeral 4 del presente Informe.

venido participando durante más de un año conjuntamente con dicha Institución y las entidades del Estado antes referidas.

4. El 7 de febrero de 2014, mediante Oficio N° 14-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02, PROINVERSIÓN solicitó al Regulador emitir opinión favorable respecto de la Versión Final del Contrato (a febrero de 2014). Posteriormente, el mismo día, mediante Oficio N°17-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02, PROINVERSION comunicó que por error involuntario, se envió la versión que no correspondía a la aprobada por el Comité PRO INTEGRACIÓN, por lo cual remitió la versión correcta de la Versión Final del Contrato (a febrero de 2014), razón por la cual solicitaron dejar sin efecto el Oficio anterior. En ambos casos, se remitió conjuntamente, un CD conteniendo el Modelo Económico Financiero proyecto con su respectivo informe, y la Matriz de Riesgos correspondiente también con su respectivo informe.
5. Con fecha 10 de febrero de 2014, mediante Oficio N°014-14-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN remita el Informe de sustento del factor de competencia del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Terminal Portuario General San Martín, Pisco.
6. Con fecha 13 de febrero de 2014, mediante Oficio N°18-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02, la Jefatura de Proyectos Aeroportuarios y Portuarios de PROINVERSIÓN remitió el documento denominado "Nota Técnica: Determinación y Sustento para el factor de competencia para el TPGSM" presentada por el Consultor Consorcio Indesmar - EGP.
7. Con fecha 14 de febrero de 2014, mediante Oficio N°20-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02, la Jefatura de Proyectos Aeroportuarios y Portuarios de PROINVERSIÓN remitió el documento denominado "Nota Técnica: Determinación y Sustento para el factor de competencia para el TPGSM", aprobado mediante Acuerdo N°373-2-2014-sanmartin del el Comité PRO INTEGRACIÓN, el mismo que también aprueba los componentes del factor de competencia, tales como los descuentos máximos que se puedan ofertar para las cargas, el factor o peso aplicable a cada tarifa en la fórmula de determinación del ITE; y del valor inferior del ITE.



III. MARCO LEGAL

8. La competencia de un órgano administrativo comprende la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a una entidad; por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercidas por la Administración. Así, de acuerdo al artículo 61° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan.
9. El artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso (Ley de Creación de OSITRAN), establece que la misión de OSITRAN es 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.



10. Así, OSITRAN ejerce las funciones propias de la regulación económica que el sistema jurídico ha instaurado en los casos que existen monopolios naturales en la infraestructura de transporte de uso público, los cuales son considerados fallas del mercado.
11. Para tal efecto, el artículo 6° de la citada norma, concordado con el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión privada en Servicios Públicos (en adelante la Ley Marco de los Organismos Reguladores), prevé que este tipo de entidades ejercen las funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, y e) Solución de Controversias.
12. El numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, dispone de modo expreso que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos; por tal motivo, el alcance de las mismas no puede verse limitado por normas de distinta naturaleza, así como tampoco por un contrato de concesión.
13. El numeral 9.3 del artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1012, 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), establece que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia; agregando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo, añadiendo 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.
14. En ese mismo sentido, el numeral 9.5 establece que las modificaciones que se produzcan a la Versión Final del Contrato de Asociación Público-Privada, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto a las materias de su competencia, destacando que si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Del mismo modo, la norma establece que se requerirá la opinión del Organismo Regulador, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo; precisándose que los criterios operativos requeridos para su implementación serán establecidos en el Reglamento.
15. El 9 de diciembre de 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). El artículo 11° del referido dispositivo reglamentario establece que la Opinión del Regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la Ley Marco de APP's, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.
16. Al respecto, debemos señalar que el esquema institucional establecido en el marco normativo de las APPs antes referido, establece que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada está a cargo del PROINVERSIÓN, para lo cual deberá contar con las opiniones de las entidades públicas competentes involucradas en el Proyecto.



17. Con relación a lo anterior, es necesario indicar que la opinión técnica de OSITRAN sobre el presente contrato de concesión, forma parte de la función supervisora de este Organismo Regulador comprendida en la Ley Marco de APP's y la Ley de Creación de OSITRAN; precisándose además que, de acuerdo al artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, la aludida opinión técnica, debe incluir las materias referidas a las condiciones de competencia y de acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios; y, a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.
18. La referida disposición normativa precisa el alcance de lo dispuesto en la Ley 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria; constituyendo un mecanismo de control de los aspectos regulatorios aplicables sobre el contenido de los procesos de concesión de infraestructura de transporte de uso público implementados por PROINVERSION, para cautelar el respeto al régimen regulatorio establecido.
19. En ese orden normativo, la naturaleza operativa de la restricción establecida en el Reglamento de la Ley de APP, respecto de la opinión que solicita PROINVERSION al Regulador sobre los temas de su competencia, en este caso referidos a facilidades esenciales y calidad del servicio, no limita o recorta el alcance del pronunciamiento del Regulador, sobre aquellos temas que no sean competencia de otras entidades y que si sean competencia de OSITRAN, que no han sido modificadas o eliminadas por sus respectivas leyes ni reglamentos.

IV. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

20. De conformidad con el marco legal expuesto en el acápite previo, la emisión de la opinión técnica de este Organismo Regulador respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión remitido por PROINVERSION con fecha 8 de enero de 2014, se circunscribirá a las materias de competencia de OSITRAN conforme al marco legal vigente.
21. En ese contexto, y atendiendo a que el título habilitante de la concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única; encontrándose vinculados los aspectos regulatorios de competencia de OSITRAN a los temas tarifarios, de facilidades esenciales y calidad del servicio, el presente informe técnico contendrá -en lo que corresponda- el análisis y comentarios sobre dichos temas, y sobre las demás materias regulatorias de competencia de OSITRAN, a efectos que PROINVERSION los tenga en consideración para una mejor aplicación del contrato de concesión, observando el régimen regulatorio establecido.

V. ANÁLISIS

22. El análisis que se presenta a continuación se basa en la siguiente información remitida por PROINVERSION:
 - La Versión Final del Contrato de Concesión, Concurso de proyectos del Terminal Portuario General San Martín-Pisco aprobado por el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e infraestructura Aeroportuario – PRO INTEGRACIÓN (Versión febrero 2014).



- El modelo económico financiero remitido mediante Oficios N° 14 2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02 y N° 17-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02.
- El informe que sustenta el modelo económico financiero, el mismo que fue remitido mediante oficio N°017/2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02 mediante archivo de Microsoft Office WORD denominado ACT-VEF-2B 05-02-2014.doc.
- La matriz de modificaciones, remitida mediante Oficios N° 14 2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02 y N° 17-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02.
- La matriz de asignación de riesgos y su respectivo informe, remitidos mediante Oficios N° 14 2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02 y N° 17-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPAP.02.
- Nota Técnica: Determinación y Sustento del Factor de Competencia para el TP GSM² aprobado por el Comité PRO INTEGRACIÓN de PROINVERSIÓN, con fecha 14 de febrero de 2014, remitido mediante Oficio N° 20-2014/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPAP.02.

23. Asimismo, se han considerado las Bases y la información pública disponible contenida en el Portal Institucional de PROINVERSION (www.proinversion.gob.pe) a la fecha de elaboración del presente Informe.

V.1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN

24. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSION contempla las siguientes características:

- Modalidad : Concesión Autosostenible
- Actividades de la Concesión : La concesión comprende el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y explotación del Terminal Portuario General de San Martín.
- Plazo de la Concesión : Treinta (30) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
- Inversión proyectada referencial : USD 131 millones²
- Factor de competencia : Menores tarifas para los servicios de carga contenerizada, fraccionada y rodante. En caso que las propuestas de los postores se igualen, el monto de la inversión complementaria se empleará en el desempate.

25. Visto lo anterior, a continuación, se emitirá opinión técnica sobre esta versión del Proyecto de Contrato, teniendo en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701 y el Artículo 37° del Reglamento General

² De acuerdo a la cláusula 1.29.69 del Proyecto de Contrato de Concesión.

de OSITRAN, y en los Lineamientos para la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión:

- Mantener una distribución equilibrada y razonable de los riesgos y prestaciones entre las Partes;
 - Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura;
 - Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y de la Concesión, a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión; y,
 - Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.
26. Los temas materia de análisis seguirán el orden establecido en el Artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de APPs, y la normatividad vigente expuesta en el presente informe.

V.2. TEMAS TARIFARIOS

27. En esta sección se analizarán los aspectos tarifarios que están presentes en la Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión de Terminal Portuario General de San Martín - Pisco. Para ello, esta sección será dividida en tres sub secciones: En la primera, se analizarán las cláusulas que hacen referencia a aspectos tarifarios en el proyecto de Contrato de Concesión; en la segunda, se evalúa el factor de competencia; y en la tercera se realiza un análisis del esquema de incentivos plasmados en la Contrato de Concesión Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión (en adelante Contrato de Concesión).

V.2.1 CLAUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

28. En la cláusula 1.29.69 del Contrato de Concesión, referida a la definición de "Inversión referencial," se establece lo siguiente:

"Cláusula 1.29.69
Inversión Referencial

(...)

Cualquier adelanto de inversión que se efectúe antes del cumplimiento de la condición establecida para cada Etapa, no generará el inicio de fijación o revisión tarifaria

[Lo subrayado es nuestro]

29. A fin de dar mayor exactitud y claridad a la redacción, y con ello evitar distintas interpretaciones durante la vigencia del Contrato de Concesión respecto de la referida cláusula, se solicita precisar que cualquier adelanto de inversión que se efectúe antes del cumplimiento de las condiciones establecidas para cada una de las etapas, no generará "el inicio del procedimiento de fijación o revisión tarifaria." Así, conforme a lo antes señalado, se propone la siguiente redacción:

"Cláusula 1.29.69
Inversión Referencial

(...)

*Cualquier adelanto de inversión que se efectúe durante la ejecución del contrato, no generará el inicio del **procedimiento de fijación o revisión tarifaria**, si este se produce antes del cumplimiento de la condición establecida para cada Etapa para efectos de tarifarios"*



30. En el proyecto de Contrato de Concesión, se establece que el Concesionario podrá prestar de forma exclusiva los Servicios Estándar y Servicios Especiales. Por la prestación de los Servicios Estándar podrá cobrar una Tarifa, mientras que por la prestación del Servicio Especial podrá cobrar una Tarifa o Precio, según sea el caso. Asimismo, tendrá el derecho de prestar Servicios No Portuarios por los cuales podrá cobrar un Precio.

En relación a lo antes señalado, el Contrato de Concesión establece lo siguiente:

1.29.99. *Servicios*

Son todos los servicios que el CONCESIONARIO, directamente o a través de terceros presta en el Área de la Concesión, a todo Usuario que lo solicite. La definición de Servicios comprende los Servicios Estándar, Servicios Especiales y Servicios No Portuarios.

1.29.100. *Servicios Especiales*

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultado a prestar directamente o a través de terceros, siendo responsable de la prestación de los mismos y deberá ser facturado por él de manera obligatoria a todo Usuario que los solicite y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda.

1.29.101. *Servicios Estándar*

Son todos los servicios portuarios que de acuerdo con lo indicado en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO será responsable de su prestación y deberá ser facturado por él de manera obligatoria a todo Usuario que los solicite, tanto a la Nave como a la carga o pasajero y respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se caracterizan por ser necesarios e indispensables para el embarque y/o descarga de cada tipo de carga y embarque y desembarque de pasajeros que ingresen al TP GSM. Para la prestación de los Servicios Estándar se deberán cumplir con los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3 del Contrato.

1.29.102. *Servicios No Portuarios*

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar y Servicios Especiales, que el CONCESIONARIO podrá brindar a los Usuarios previa aprobación de la APN en el TP GSM. Por los Servicios No Portuarios el CONCESIONARIO cobrará un precio.

31. Cabe precisar, que en el caso de los Servicios Especiales, la cláusula 8.23 del Proyecto de Contrato, prevé la posibilidad que los Precios sean regulados por OSITRAN, si es que INDECOPI establece que dichos Servicios Especiales no se prestan en condiciones de competencia. Es decir, en este Contrato, el Concesionario podrá fijar Precios para sus Servicios Especiales. Sin embargo, mediante un control ex post, el Regulador podría fijar Tarifa, siempre y cuando, previamente INDECOPI haya determinado que determinado Servicio Especial no se presta en condiciones de competencia, para lo cual se deberá seguir el procedimiento estipulado en la Cláusula 8.23, en concordancia con lo establecido en el RETA. Al respecto, este Regulador está de acuerdo con la redacción de la referida cláusula.

32. La cláusula 1.29.89 del Contrato de Concesión, referida a la definición de "Precio", establece lo siguiente:

"Cláusula 1.29.89

Precio

Se refiere a las contraprestaciones que el CONCESIONARIO cobra, de ser el caso, por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20. El Precio no estará sujeto a regulación económica."

[Lo subrayado es nuestro]



33. Al respecto, se solicita incorporar a los Servicios No Portuarios en la referida definición, toda vez que el Concesionario también tendrá derecho a cobrar un Precio a los Usuarios por la prestación de los referidos servicios. Conforme a lo antes señalado se propone la siguiente redacción:

"Cláusula 1.29.89

Precio

Se refiere a las contraprestaciones que el CONCESIONARIO cobra, de ser el caso, por la prestación de Servicios Especiales, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20 y los Servicios No Portuarios, incluyendo los impuestos que resulten aplicables. El Precio no estará sujeto a regulación económica."

34. Sobre el particular, la cláusula 1.29.102 del Contrato de Concesión define a los Servicios No Portuarios de la siguiente manera:

"Cláusula 1.29.102

Servicios No Portuarios

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar y Servicios Especiales, que el CONCESIONARIO podrá brindar a los Usuarios previa aprobación de la APN en el TP GSM. Por los Servicios No Portuarios el CONCESIONARIO cobrará un Precio".

[Lo subrayado es nuestro]

35. Al respecto, la experiencia regulatoria recomienda que se precise la redacción de la referida cláusula, con el fin de evitar distintas interpretaciones por las Partes durante la vigencia de la concesión, especificándose que los "Precios" que tendrá derecho a cobrar el Concesionario por la prestación de los Servicios No Portuarios serán determinados libremente por las partes, es decir, se regirán por la ley de la oferta y la demanda; y que los mismos deberán pactarse en armonía con las Leyes Aplicables. De esta forma, se requiere realizar la siguiente modificación::

"Cláusula 1.29.102

Servicios No Portuarios

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar y Servicios Especiales, que el CONCESIONARIO podrá brindar a los Usuarios previa aprobación de la APN en el TP GSM. Por los Servicios No Portuarios el CONCESIONARIO cobrará un Precio, en los términos y condiciones que pacten libremente las Partes, ello en concordancia a las Leyes y Disposiciones Aplicables. La prestación de los Servicios No Portuarios no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Especiales o Estándar".

[El subrayado es nuestro]

36. Por otro lado, en la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, referido a los derechos y deberes del Concesionario, se señala lo siguiente:

"Cláusula 8.1

Derechos y deberes del Concesionario

(...)

Es obligación del CONCESIONARIO prestar servicio al embarque y desembarque de tripulantes y pasajeros de las embarcaciones que no se encuentran acoderadas o amarradas a los muelles del TP GSM, incluso para aquellas embarcaciones que no tienen relación comercial, siempre y cuando no afecte sus operaciones comerciales. Las tarifas serán objeto de regulación económica".

[El subrayado es nuestro]



37. Al respecto, se requiere eliminar la palabra "tripulantes", debido a que conforme a lo establecido en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, los tripulantes no pagan tarifa de pasajero. En este contexto, es necesario precisar que el cobro de tarifas se sujetará a lo establecido a lo establecido en dicho Anexo del Contrato de Concesión.
38. Es preciso señalar, adicionalmente, que la redacción propuesta podría interpretarse en el sentido que constituye una obligación del Concesionario el atender las embarcaciones que no tienen relación comercial con éste. Al respecto, es preciso advertir que como consecuencia de esa falta de relación comercial, podría darse el caso de que se presenten embarcaciones que no estén debidamente identificadas, con lo que se podría poner en riesgo la seguridad del terminal portuario. Por lo antes señalado, se considera necesario que esta actividad esté sujeta a la aprobación del Concesionario, toda vez que éste es quien finalmente asume la responsabilidad frente al Concedente sobre la integridad del Proyecto durante todas las etapas de la Concesión que le ha sido otorgada. Conforme a lo antes señalado, se requiere modificar la referida cláusula con la siguiente redacción:

"Cláusula 8.1

Derechos y deberes del Concesionario

(...)

Es obligación del CONCESIONARIO prestar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros de las embarcaciones que no se encuentran acoderadas o amarradas a los muelles del TP GSM. Las tarifas que se cobren por este Servicio están establecidas en el Anexo 5 del Contrato de Concesión".

39. La Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, referido al Régimen Económico – Tarifas y Precio, establece lo siguiente:

"Régimen Económico: Tarifas y Precio

Cláusula 8.23

Del mismo modo, el CONCESIONARIO estará facultado a prestar los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la Contratación de los Servicios Estándar. El CONCESIONARIO tendrá derecho a cobrar un Precio por los Servicios Especiales prestados.

Sin embargo, el Regulador podrá solicitar a INDECOPI la verificación de las condiciones de competencia para un determinado Servicio Especial que el Concesionario este prestando en el Terminal Portuario. Si INDECOPI concluye que dicho Servicio no se está brindando en condiciones de competencia, entonces, el REGULADOR podrá fijar una Tarifa.

[Lo subrayado es nuestro]

40. Al respecto, a fin de brindar mayor predictibilidad al procedimiento de fijación tarifaria, se solicita realizar una precisión en relación al plazo con el que contará el INDECOPI para efectuar el respectivo estudio de competencia. Conforme a lo antes señalado, se solicita realizar la siguiente modificación:

"Régimen Económico: Tarifas y Precio

Cláusula 8.23

(...)

Del mismo modo, el CONCESIONARIO estará facultado a prestar los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la Contratación de los Servicios Estándar. El CONCESIONARIO tendrá derecho a cobrar un Precio por los Servicios Especiales prestados.

*Sin embargo, el Regulador podrá solicitar a INDECOPI la verificación de las condiciones de competencia para un determinado Servicio Especial que el Concesionario este prestando en el Terminal Portuario. **El INDECOPI tendrá un plazo de 70 Días calendario para***



pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva. Si INDECOPI concluye que dicho Servicio no se está brindando en condiciones de competencia, entonces, el REGULADOR iniciará el correspondiente procedimiento de fijación tarifaria."

41. Por su parte, la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión, referido al Régimen Económico – Tarifas y Precio, señala lo siguiente:

"Régimen Económico: Tarifas y Precio

Cláusula 8.25

A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas, aplicando el mecanismo regulatorio "RPI – X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa.

El RPI (Retail Price Index) es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación.

El factor de productividad (X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el CONCESIONARIO.

Para efectos del presente Contrato, será de aplicación la siguiente fórmula:

Factor Ajuste Tarifas máximas = RPI – X

Donde:

- RPI: es la variación anual promedio del i) índice de precios al consumidor (CPI)³ de los EEUU y del ii) índice de precio al Consumidor de Lima Metropolitana (IPC) del Perú; ambas en proporción 50% y 50%.*
- X: es la variación anual promedio de la productividad. El X será calculado por el REGULADOR y será revisado cada cinco (5) años*

Las siguientes revisiones de las tarifas se realizarán cada cinco (5) años, aplicando el mismo mecanismo antes descrito.

Para propósito del cálculo del X, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

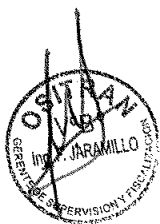
Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria anual correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros cinco (5) años contados desde el inicio de la Explotación, el factor de productividad (X), será cero (0).

Las reglas y procedimientos complementarios aplicables a la revisión tarifaria se regularán por el Reglamento de Tarifas de OSITRAN."

[Lo subrayado es nuestro]

42. La referida cláusula establece dos definiciones distintas del concepto de RPI. Sobre el particular, es preciso señalar que en los Contratos de Concesión del Terminal Portuario de Paíta y Terminal Portuario del Callao (Muelle Norte y Muelle Sur), la definición de RPI se encuentra en función del Índice General de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América.

³ CPI: Es el índice de precios al consumidor (consumer price index) de los EEUU, publicado por el departamento de estadísticas laborales (The Bureau of labour Statistics).



43. Al respecto, en este aspecto se considera importante mantener el mismo esquema de regulación que se ha implementado en los otros terminales portuarios que han sido entregados en Concesión, con la finalidad de fomentar en el futuro la competencia interportuaria, entre los terminales del Callao y Pisco. Adicionalmente a lo antes señalado, se considera que por un tema de transparencia, el procedimiento de reajuste y cobro de las tarifas debe ser homogéneo entre los puertos, de manera que puedan ser comparables por los usuarios.
44. Conforme a lo antes expuesto, la referida cláusula debe quedar redactada de la siguiente manera:

"Régimen Económico: Tarifas y Precio

Cláusula 8.25

A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas, aplicando el mecanismo regulatorio "RPI - X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa.

El RPI (Retail Price Index) es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación.

El factor de productividad (X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el CONCESIONARIO.

Para efectos del presente Contrato, será de aplicación la siguiente fórmula:

Factor Ajuste Tarifas máximas = $RPI - X$

Donde:

- RPI: es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación.
- X: es la variación anual promedio de la productividad. El X será calculado por el REGULADOR y será revisado cada cinco (5) años

Las siguientes revisiones de las tarifas se realizarán cada cinco (5) años, aplicando el mismo mecanismo antes descrito.

Para propósito del cálculo del X, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria anual correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros cinco (5) años contados desde el inicio de la Explotación, el factor de productividad (X), será cero (0).

Las reglas y procedimientos complementarios aplicables a la revisión tarifaria se regularán por el Reglamento de Tarifas de OSITRAN."



45. El Anexo 5 del Contrato de Concesión, referido al Régimen tarifario, establece lo siguiente:

**"ANEXO 5
RÉGIMEN TARIFARIO**

El CONCESIONARIO deberá considerar las siguientes Tarifas Máximas para el cobro de los Servicios Estándar, sin incluir el IGV:
(...)

Para contenedores de otras dimensiones, las Tarifas aplicables se adecuarán a las del contenedor de 20 pies y 40 pies de manera proporcional, según corresponda.

(...)"

46. Como puede observarse, las tarifas establecidas en el proyecto de Contrato de Concesión corresponden a los contenedores estándar de 20' y 40', los cuales presentan dimensiones preestablecidas de acuerdo con las normas ISO.

Sin embargo, es preciso señalar que existe la posibilidad de que al terminal portuario ingresen contenedores como los *high cube* (contenedor de gran cubicación o contenedores de 45'), que tienen diferentes dimensiones a los que tradicionalmente se utilizan. En este contexto, se requiere establecer las tarifas de estos contenedores de gran tamaño, en función a los correspondientes a 20' y 40'.

47. La propuesta del Anexo 5 del Contrato de Concesión señala que las Tarifas aplicables serán calculadas de manera proporcional a las de los contenedores de 20 pies y 40 pies, según corresponda. En opinión de estas Gerencias, el mecanismo adecuado para determinar las tarifas de los contenedores tipo *high cube* o de 45', por citar algunos casos, es encontrar la relación que existe entre las tarifas de contenedores de 20' y 40'. Cabe precisar, que dicha relación no es "proporcional", porque en el caso que así lo fuera, la tarifa de contenedor de 40' debería ser 100% más alta que la de 20', situación que en la realidad no se da; tal y como se observa en los puertos nacionales e internacionales (Ver Cuadro N°1).

**Cuadro N°1
Benchmarking de Tarifas**

País	Terminal	Terminal		Proporción Tarifa 40'/ Tarifa 20'
		20'	40'	
Perú	APM	92.78	139.17	50%
	TPE	140.88	211.30	50%
	DP World	5.00	5.00	0%
	DP World	92.85	141.99	53%
	DP World	97.85	146.99	50%
	TPGSM	119.00	140.00	18%
Chile	Terminal Pacifico Sur Valparaiso	110.00	159.00	45%
	San Antonio Terminal Internacional	94.00	74.00	-21%
Ecuador	Contecon Guayaquil	176.00	176.00	0%
Emiratos Arabes Unidos	DP World	112.44	178.60	59%

Fuente: Webs de Terminales Portuarios. Elaboración: GRE de OSITRAN.

48. Por esta razón, la fórmula que estamos incorporando, incluye la relación que existe entre las tarifas de 20' y 40', en función de los volúmenes que tienen los diferentes tipos de contenedores que en la eventualidad podrían ser descargados o embarcados en TPGSM. Precisamente, es en este porcentaje que las tarifas de los contenedores diferentes a los de 40' deberán reajustarse. En este contexto, se recomienda modificar la referida cláusula conforme a la siguiente redacción:



**"ANEXO 5
RÉGIMEN TARIFARIO**

El CONCESIONARIO deberá considerar las siguientes Tarifas Máximas para el cobro de los Servicios Estándar, sin incluir el IGV:
(...)

Para contenedores de otras dimensiones, el CONCESIONARIO calculará las Tarifas en función de las Tarifas de los contenedores de 20 pies y 40 pies en proporción a las diferencias que existan en las medidas del contenedor, según corresponda. De esta forma, la fórmula que deberá aplicarse será la siguiente:

$$\text{Tarifa Reajustada} = \text{Tarifa 40'} + \frac{(\text{Tarifa 40'} - \text{Tarifa 20'}) \times (\text{Vol. Nuevo} - \text{Vol. 40'})}{(\text{Vol. 40'} - \text{Vol. 20'})}$$

Donde

Tarifa Reajustada	:	tarifa para contenedor de diferente dimensión lleno/vacío.
Tarifa 40'	:	tarifa para contenedor lleno/vacío de 40'
Tarifa 20'	:	tarifa para contenedor lleno/vacío de 20'
Vol. Nuevo	:	volumen del contenedor de diferente dimensión
Vol. 40'	:	volumen del contenedor de 40'
Vol. 20'	:	volumen del contenedor de 20'

El volumen del contenedor se calculara multiplicando largo, ancho y altura.

(...)"

49. Por último, en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, referido a las Normas Básicas para la Aplicación de las Tarifas, se señala lo siguiente:

**"ANEXO 5
NORMAS BÁSICAS PARA LA APLICACIÓN DE TARIFAS**

(...)

MONEDA DE PAGO Y TARIFARIO

Las Tarifas por los Servicios Estándar estarán nominadas en Dólares.

El CONCESIONARIO deberá contar con un tarifario que comprenda los Servicios Estándar, los Precios por los Servicios Especiales y su normatividad.

(...)"

50. Al respecto, a fin de brindar mayor claridad y precisión a la referida cláusula, se solicita precisar que los cobros por la prestación de los Servicios No Portuarios serán determinados por la negociación entre el Concesionario y los usuarios que demanden el servicio. Además, debe precisarse que sin perjuicio de lo antes señalado, la prestación de estos Servicios por parte del Concesionario deberán sujetarse a las Disposiciones Aplicables, tales como las normas de libre competencia y protección al consumidor; con la finalidad de garantizar que estos Servicios se brinden en condiciones de competencia y bajo las condiciones que el proveedor del Servicio se ha comprometido a brindar. Al respecto, se solicita realizar la siguiente modificación:

"ANEXO 5
NORMAS BÁSICAS PARA LA APLICACIÓN DE TARIFAS
(...)

MONEDA DE PAGO Y TARIFARIO

Las Tarifas por los Servicios Estándar estarán nominadas en Dólares.

El CONCESIONARIO deberá contar con un tarifario que comprenda los Servicios Estándar, los Precios por los Servicios Especiales y su normatividad.

Los Precios por los Servicios No Portuarios serán determinados en los términos y condiciones que pacten libremente las Partes, ello en concordancia a las Leyes y Disposiciones Aplicables. La prestación de los Servicios No Portuarios se sujetará a la observancia de las disposiciones vigentes en materia de libre competencia y protección al consumidor, no pudiendo estar condicionada a la contratación de los Servicios Especiales o Estándar.

(...)"

V.2.2 FACTOR DE COMPETENCIA DEL PROYECTO

Esquema planteado por PROINVERSION

51. El Consorcio INDESMAR-EGP, asesor de transacción de PROINVERSION, propone en su documento denominado "Nota Técnica: determinación y sustento del factor de competencia para el TPGSM", un factor de competencia para el Terminal Portuario General San Martín que comprende 2 tramos: (i) descuentos a los niveles tarifarios establecidos, así como (ii) inversiones complementarias (monto en dólares que el postor destinaría a infraestructura y equipamiento que no estén contempladas dentro de las inversiones correspondientes a las Obras Iniciales y Obras en función de la demanda).
52. Respecto a los descuentos sobre los niveles tarifarios, el consultor establece porcentajes de descuentos máximos con el objetivo de reducir la incertidumbre que se genera cuando no se conoce las tarifas que serán aplicadas a determinados servicios. Estos porcentajes de descuento son también propuestos, pero siempre procurando mantener niveles de rentabilidad que hagan atractivo el proyecto.
53. Respecto al segundo tramo del factor de competencia, conformado por la inversión complementaria, el informe del Consultor precisa lo siguiente:
- Estas inversiones no deberán estar contempladas dentro de las inversiones correspondientes a las Obras Iniciales y Obras en función de la demanda.
 - No deberán realizarse en un plazo mayor a los veinte años desde la Fecha de Cierre del Contrato.
 - Deberán servir para la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales en el TPGSM.
54. Como se desprende de lo señalado en la nota técnica antes referida, similar factor de competencia se aplicó en el contrato del Terminal Portuario Muelle Norte, el Terminal Portuario Muelle Sur y el Terminal Portuario de Paita. Señalando que, particularmente en esos dos últimos, se ofertaron las menores tarifas en base a un índice tarifario y se utilizó las inversiones adicionales como variable de desempate.

Aspectos Regulatorios de la Propuesta de PROINVERSION



55. Desde el punto de vista de la regulación económica, el derecho de operar un terminal portuario otorgado mediante un concurso público a menores tarifas, constituye una alternativa a la determinación de precios por parte de un Organismo Regulador, en la medida que el mismo se implementa a través de una subasta que finalmente otorga la concesión del monopolio natural a la empresa adjudicataria que ofrece el mayor descuento en tarifas.
56. Al respecto, es preciso señalar que el fundamento teórico de este resultado se debe a Demsetz⁴ quien afirma que es posible lograr resultados óptimos sin necesidad de regulación económica, generando competencia ex ante. Este proceso se denomina "competencia por el mercado". Para este autor, si se dan las condiciones de no colusión, acceso equivalente a insumos e información simétrica entre los participantes en la subasta, adjudicar la prestación de un servicio monopólico al postor que ofrezca los precios más bajos, minimiza el problema de la eficiencia asignativa (se logra una menor diferencia entre costo y tarifa), mientras que el otorgamiento de derechos exclusivos soluciona el problema de la ineficiencia productiva (se logra una prestación del servicio a menor costo).
57. Adicionalmente, se considera que el uso de subasta es deseable debido a que esto contribuye a resolver dos problemas inherentes a la regulación tarifaria. En primer término, la subasta resuelve el problema de la asimetría de información entre el Organismo Regulador y la empresa regulada en cuanto a costos y características de la demanda. En segundo lugar, la determinación de precios a través de subastas elimina la necesidad de que el regulador fije las tarifas, lo cual beneficia a la sociedad porque reduce la probabilidad de ocurrencia de fallas regulatorias y porque evita que se generen los costos de producir regulación.
58. En este orden de ideas, el esquema propuesto por PROINVERSION constituye una expresión de "regulación por el mercado", en la cual las ganancias de eficiencia que se logren por el mecanismo de subasta, serán transferidas directamente a los usuarios a través de menores tarifas.
59. Conforme a lo antes señalado, se observa que el presente esquema se complementa con el régimen regulatorio del proyecto de Contrato de Concesión, en el cual las tarifas son reajustadas mediante el mecanismo de RPI-X o precio tope. Es decir, mientras que el mecanismo de subasta extrae las eficiencias "ex ante", el RPI-X lo hace "ex post".
60. En línea con lo anterior, se observa que las tarifas establecidas en el Contrato de Concesión constituyen tarifas máximas o tarifas tope, lo cual permite que el Concesionario cobre una tarifa por debajo del nivel máximo establecido, otorgándole flexibilidad en la determinación de su política comercial. De esta forma, en la eventualidad que compita con el Puerto del Callao por carga, el Concesionario del TPGSM estaría en capacidad de poder ofrecer tarifas competitivas.
61. En conclusión, podemos afirmar que desde un punto de vista estrictamente regulatorio, el factor de competencia propuesto por PROINVERSION está acorde con el esquema tarifario desarrollado en el Contrato de Concesión.

⁴ Demsetz, Harold, *Why Regulate Utilities?* The Journal of Law and Economics, pgs 55-66, Volume XI, April 1968. Asimismo, Armstrong, Cowan y Vickers describen esta teoría de la siguiente manera: "With optimal auction design, the effect of greater competition for the franchise is to reduce the rent obtained by the firm that wins the auction. The relationship between price and cost that results from the auction is unaffected by competition, and so is the same as if the winning firm were regulated as a pure monopolist." Armstrong, Mark; Cowan, Simon and Vickers, John "Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience" MIT 1994, p. 125 -126.

V.2.3 ESQUEMA DE INCENTIVOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

62. Con respecto a los aspectos tarifarios del Contrato de Concesión, cabe precisar que se considera que el esquema de incentivos propuesto en el proyecto de Contrato de Concesión es adecuado por las siguientes razones:
- i. Incentiva a que el futuro Concesionario realice su máximo esfuerzo con la finalidad de ser eficiente y así obtener beneficios. En ese sentido, incentiva a que el Concesionario atraiga el mayor volumen de carga y de naves posible al Terminal Portuario; y al no existir garantías de demanda en el Contrato, el incentivo se hace más potente.
 - ii. Parte de las ganancias de eficiencia que logra el Concesionario, son transferidas a los usuarios a través del mecanismo de RPI-X o *Price Cap*. De esta forma, el factor de productividad (X) captura las eficiencias logradas por el Concesionario en el terminal portuario con la finalidad de minimizar costos.
 - iii. Se verifica que el factor de competencia que consiste en ofertar menores tarifas con una mayor inversión complementaria (esto último en caso de empate), es compatible con el esquema de incentivos plasmado en el Contrato de Concesión. A través del factor de competencia y en el supuesto de no colusión de los postores, las tarifas que se fijen en el Contrato tenderán a ser costo eficientes. En efecto, se considera que la "competencia por el mercado" garantiza que las tarifas que se obtengan tenderán a ser muy similares a las que se obtendrían en condiciones de competencia perfecta.
 - iv. En el esquema propuesto, el Concesionario tiene incentivos para construir la infraestructura en el menor tiempo y con la mejor calidad posible. El motivo es que requieren recuperar la inversión que han realizado y obtener ganancias, en el plazo más corto.

V.3 ACCESO A FACILIDADES ESENCIALES

63. En la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, referida al objeto del Contrato de Concesión, se excluye la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, para todos los servicios portuarios que ofrezca el Terminal Portuario-, con excepción del practicaje y remolcaje. Al respecto, la cláusula señala lo siguiente:

"Cláusula 2.7

Objeto

(...)

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo que antecede, las Partes y la APN reconocen expresamente que para la ejecución y/o prestación exclusiva de los Servicios Estándar y Servicios Especiales, el CONCESIONARIO observará rigurosamente los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, así como los demás principios establecidos en las Cláusulas 2.10 y 2.11, conforme resulte aplicable.

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 de Concesión 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 del Consejo



Directivo N° 054-2005-CD/OSITRAN o aquella norma que lo sustituya, salvo en el caso de los servicios de practica y remolcaje.

[Lo subrayado es nuestro]

64. Al respecto, es preciso señalar que el numeral 11.3° del artículo 11° de la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional, establece que la Autoridad Portuaria Nacional (APN) puede otorgar al sector privado el Uso Exclusivo del Terminal Portuario, siempre y cuando sea una infraestructura portuaria nueva. Al respecto, la norma señala lo siguiente:

"Artículo 11.- Inversiones en infraestructura portuaria

(...)

11.3. La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá otorgar al sector privado el Uso Exclusivo de dicha infraestructura. (...)"

[Lo subrayado es nuestro]

65. En este orden de ideas, la APN mediante Acuerdo N°1376-309-11/11/2013/D, calificó al Terminal Portuario General San Martín-Pisco como infraestructura portuaria nueva, de conformidad con la Ley del Sistema Portuario Nacional y sus modificaciones aprobadas por el Decreto Legislativo 1022.
66. Conforme al marco normativo antes señalado, la cláusula 2.7 del proyecto de Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Objeto

(...)

Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (i) la entrega en Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del TP GSM se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en el numeral 10.3 y 11.3 del artículo 10 y 11 de la LSPN respectivamente, modificado por el Decreto Legislativo N° 1022, (ii) el TP GSM califica como infraestructura portuaria nueva, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo N° 1376-309-11/11/2013/D adoptado por el Directorio de la APN en sesión de fecha 11 de noviembre de 2013, el mismo que forma parte integrante del presente Contrato de Concesión como Anexo 21 y (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del TP GSM a partir de la Toma de Posesión.

(...)"

[Lo subrayado es nuestro]

67. Al respecto, debe señalarse que desde un punto de vista económico, el motivo para otorgar el "Uso Exclusivo", es evitar que varias empresas brinden servicios dentro del Terminal Portuario, ello con el objetivo de hacer más fluida la operación portuaria. Cuando en el Terminal Portuario el Concesionario es el único habilitado para brindar el servicio, la utilización del equipamiento e infraestructura portuaria se torna más eficiente, ello debido a que son menores las interferencias que se presentan durante la operación.

68. Sin embargo, en el caso del practica y remolcaje, la presencia de empresas competidoras resulta beneficiosa, debido a que no existe el riesgo de que la prestación de estos servicios por parte de otras empresas perjudique las condiciones del servicio; ello debido a que estos servicios son brindados a la nave y no involucran interferencias en el área de operaciones del Terminal Portuario.

69. Cabe precisar que similar esquema ya ha sido implementado en los Terminales Portuarios del Callao (Muelle Sur y Muelle Norte), el Muelle de Minerales de Callao y el Terminal Portuario de Paita. Es decir, en los referidos Contratos de Concesión se establecen exoneraciones a la aplicación del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, a excepción de los servicios de practicaje y remolcaje.
70. En este contexto, las Gerencias consideran que las cláusulas del Contrato referidas al marco de acceso a facilidades esenciales, se ajusta a la normatividad vigente y por consiguiente, no se plantean comentarios u observaciones sobre las mismas.

V.4 CALIDAD DE SERVICIO

Contrato de reserva de espacio de acoderamiento

71. La cláusula 8.14 del Contrato de Concesión establece la definición de los "Contratos de Reserva de espacios de acoderamiento," de la siguiente manera:

"Cláusula 8.14

CONTRATOS DE RESERVA DE ESPACIOS DE ACODERAMIENTO

(...)

Para efectos del presente Contrato de Concesión, entiéndase como contrato de reserva de espacio de acoderamiento, al contrato mediante el cual una línea naviera reserva un espacio en el TP GSM por un lapso de tiempo durante el cual sus Naves pueden arribar al mismo, realizar las operaciones de carga y descarga y zarpar."

72. Al respecto, si bien es cierto que es facultad del Concesionario establecer los contratos de reserva de espacios de amarradero, se considera recomendable que se establezca expresamente que el Concesionario deberá tomar las previsiones del caso para poder atender a las naves que no cuenten con contrato de reserva, con el fin de atender naves convencionales que no sean de línea e itinerario fijo.
73. Lo antes referido, se basa en la experiencia que ha tenido OSITRAN al recibir reclamos de algunos usuarios en el terminal portuario del Callao, debido a que estos no han sido atendidos por la existencia de estos contratos de reserva, debiendo por ello esperar prolongados tiempos para su ingreso.
74. Asimismo, se recomienda realizar una precisión en la referida cláusula, relacionada a los aspectos de políticas de competencia, para lo cual deberá incluirse la frase "algún tipo de conducta anticompetitiva".
75. Conforme a lo antes expuesto, se requiere la modificación de la referida cláusula con el siguiente texto:

"Cláusula 8.14

CONTRATOS DE RESERVA DE ESPACIOS DE ACODERAMIENTO

*EL CONCESIONARIO podrá celebrar contratos de reserva de espacios de acoderamiento de Naves de tráfico regular, de acuerdo con sus políticas comerciales y operativas y respetando, según corresponda, los principios establecidos en las cláusulas 2.7 y 2.11 del presente Contrato. En tal sentido, se encuentra expresamente prohibida cualquier práctica discriminatoria o que implique **algún tipo de conducta anticompetitiva** como el abuso de*



posición de dominio, así como cualquier otra conducta que constituya competencia desleal. La determinación del incumplimiento de lo estipulado en la presente Cláusula se sujetará a lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

Para efectos del presente Contrato de Concesión, entiéndase como contrato de reserva de espacio de acoderamiento, al contrato mediante el cual una línea naviera reserva un espacio en el TP GSM por un lapso de tiempo durante el cual sus Naves pueden arribar al mismo, realizar las operaciones de carga y descarga y zarpar. **Dentro de su programación, el terminal deberá garantizar la atención de naves sin contrato de reserva".**

Contabilización del inicio del servicio de almacenamiento libre por 48 horas

76. El noveno párrafo del ítem b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

"Cláusula 8.19
SERVICIO ESTANDAR

(...)

Para efectos de la descarga, el Servicio Estándar comprende, desde el ingreso de la carga al almacén hasta cuarenta y ocho (48) horas.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

77. Al respecto, es preciso señalar que el citado párrafo se contradice con lo señalado en el segundo párrafo de la referida cláusula, donde se establece que el servicio de almacenamiento se inicia desde que la nave ha terminado la descarga:

"Cláusula 8.19
SERVICIO ESTÁNDAR

(..)

Son aquellos servicios portuarios que, durante el período de vigencia de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al TP GSM hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del TP GSM de acuerdo a lo establecido en el Literal b) siguiente, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese al TP GSM para su posterior embarque.

(...)"

[Lo subrayado es nuestro]

78. Como puede observarse, existe una contradicción entre los párrafos antes citados, debido a que si se aplica el concepto "desde el ingreso de la carga al almacén", señalado en el noveno párrafo del ítem b) de la cláusula 8.19; las horas se tendrían que contabilizar desde el ingreso del primer bulto o contenedor al almacén, con lo cual al término de la descarga

de la nave, podría presentarse el caso que varios bultos o contenedores ya no tengan la opción del servicio de almacenamiento libre por cuarenta y ocho (48) horas, lo cual contradice el segundo párrafo de la cláusula 8.19 antes citado.

79. En ese sentido, se requiere se elimine el noveno párrafo del ítem b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

Niveles de Indicadores de Servicio para carga fraccionada, sólida a granel y contenedores

80. El punto b) del ANEXO 3 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

**"ANEXO 3
NIVELES DE SERVICIO Y PRODUCTIVIDAD**

(...)

B) Niveles de Indicadores de Servicio y Productividad para carga fraccionada y sólida a granel

(..)

- **Tiempo atención de solicitudes de retiro de la carga, medido para cada operación individual**

El tiempo de atención de solicitudes de retiro de la carga significará el periodo que transcurra entre la fecha y hora que la carga es puesta en tierra (descarga) y la fecha y hora en que está disponible para solicitar su retiro del terminal."

C) Niveles de Indicadores de Servicio para contenedores

(..)

- **Tiempo atención de solicitudes de retiro de la carga, medido para cada operación individual**

El tiempo de atención de solicitudes de retiro de la carga significará el periodo que transcurra entre la fecha y hora que la carga es puesta en tierra (descarga) y la fecha y hora en que está disponible para solicitar su retiro del terminal."

[Lo subrayado es nuestro]

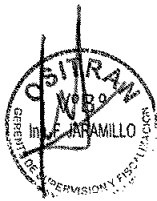
81. El Anexo 3 del proyecto de contrato, considera los siguientes indicadores de niveles de servicio:

1. En función a la nave:

- Tiempo para el inicio de operaciones comerciales de la nave:
 - 20 minutos (promedio trimestral) y 30 minutos (operación individual).
- Tiempo para el descargue de la nave.
 - 20 minutos (promedio trimestral) y 30 minutos (operación individual).

2. En función a la carga:

- Carga fraccionada y sólida a granel
 - ✓ Tiempo de entrega: 30 minutos
 - ✓ Tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga (carga fraccionada y sólida granel) medido para cada operación individual: No hay indicador de tiempo.
- Contenedores
 - ✓ Tiempo de recepción:



- 20 minutos (promedio trimestral) y 30 minutos (operación individual).
- ✓ Tiempo de entrega
 - 20 minutos (promedio trimestral) y 30 minutos (operación individual).
- ✓ Tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga (contenedores) medido para cada operación individual: No hay indicador de tiempo.

82. Con relación al nivel de servicio "**tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga medido para cada operación individual**" (tanto para carga fraccionada y sólida a granel como para contenedores), debemos señalar lo siguiente:

- (i) Dicho nivel de servicio ha sido incorporado recién en la última versión del proyecto de contrato de concesión.
- (ii) El nivel de servicio "**tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga medido para cada operación individual**", tiene por objeto medir el periodo que transcurra entre la fecha y hora que la carga es puesta en tierra (descarga) y la fecha y hora en que está disponible para solicitar su retiro del terminal. Como puede observarse:
 - a. Contrariamente a su denominación, el nivel de servicio mencionado no tiene por objeto medir el tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga sino la etapa previa a la presentación de dicha solicitud.
 - b. Si bien es cierto el termino para inicio de la medición es objetivo (fecha y hora en que la carga es puesta en tierra), el termino del fin de la medición (fecha y hora en que la carga está **disponible** para solicitar su retiro) no lo es, puesto que no indica cuáles serán los criterios para considerar cuando la carga estará disponible para solicitar su retiro.
 - c. Adicionalmente, el que "la carga esté disponible para solicitar su retiro", implicará que haya pasado por Aduanas, siendo que la duración de dicho trámite escapa al control del Concesionario.
 - d. El texto del citado nivel de servicio, establece las etapas dentro de las cuales se efectuaría la medición; sin embargo, no se señala indicador de tiempo alguno que sirva para verificar el cumplimiento del mencionado nivel de servicio.
 - e. Desde el punto de vista de la medición de niveles de servicio, consideramos que lo relevante es el **obtener la medición del "tiempo para la entrega de la carga"**, indicador que ya está contemplado en el Anexo 3 el proyecto del contrato.

83. En consecuencia, teniendo en consideración que, conforme a lo definido en el proyecto, el nivel de servicio "**tiempo de atención de solicitudes de retiro de carga medido para cada operación individual**", contempla dentro del espacio de medición, actividades que escapan al control del Concesionario (como por ejemplo, la duración del trámite en Aduanas) somos de la opinión que debe retirarse del texto del proyecto de los dos últimos párrafos de los literales b) y c) del numeral I del Anexo 3 del Proyecto de Contrato.



V.5 OTROS ASPECTOS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

84. En lo que respecta a la tramitación y aplicación de penalidades, las cláusulas 9.2.1.2, 18.1 y 18.2 del proyecto establecen lo siguiente:

"SECCIÓN IX: GARANTIAS

(...)

GARANTÍA A FAVOR DEL CONCEDENTE

(...)

9.2.1.2 Ejecución de Garantía

La garantía señalada en la Cláusula precedente podrá ser ejecutada, previa instrucción del CONCEDENTE, por el REGULADOR en forma total o parcial, una vez identificado el incumplimiento de todas o alguna de las obligaciones y siempre y cuando el mismo no haya sido subsanado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos otorgados para tal fin."

[Lo subrayado es nuestro]

"SECCIÓN XVIII: PENALIDADES

- 18.1. Las partes acuerdan facultar al REGULADOR, a efectos que pueda aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. En ese sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el REGULADOR comunicará al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 17, sin perjuicio de lo cual El CONCESIONARIO estará obligada a subsanar el incumplimiento de acuerdo con los mecanismos establecidos en el Contrato o en su defecto los establecidos por el REGULADOR.

El CONCEDENTE comunicará del incumplimiento al CONCESIONARIO siguiendo el procedimiento establecido en la Cláusula 14.2.

(...)

[Negrillas y subrayado son nuestros]

- 18.2. El monto de las penalidades aplicadas por el REGULADOR deberá ser abonado por él a la cuenta del CONCEDENTE en un plazo no mayor de diez (10) Días contados a partir de la notificación que reciba por parte del REGULADOR. El CONCEDENTE destinará dichos montos conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables.

El plazo previsto en el párrafo precedente para el abono de las penalidades será suspendido ante la impugnación de la imposición de la penalidad por el CONCESIONARIO, reiniciándose el cómputo de dicho plazo en caso se confirme su imposición por el REGULADOR."

[Negrillas y subrayado son nuestros]

85. Como puede observarse, las cláusulas citadas del proyecto establecen que:

- (i) Las Partes del Contrato "facultan" al Regulador a efectos que "pueda aplicar penalidades contractuales" ante el incumplimiento del Concesionario.
- (ii) A pesar de que según la cláusula 18.1, el Regulador puede imponer las posibles penalidades por incumplimiento del Concesionario, la precitada cláusula da a entender también que quien comunica al Concesionario tanto la imputación de incumplimiento como la aplicación de penalidades que realiza el OSITRAN, no es el propio Regulador sino el Concedente. Asimismo, ello se complementa con la aplicación del mecanismo de subsanación del incumplimiento, el cual también estará a cargo del Concedente, en aplicación de la cláusula 14.2.



- (iii) La cláusula 9.2.1.2, crea una confusión innecesaria respecto al organismo responsable de aplicar la penalidad, para lo cual se tendría que realizar una lectura concordada con las cláusulas 18.1 y 18.2, que establecen que el responsable de imputar el incumplimiento y aplicar la penalidad es el OSITRAN.
- (iv) Asimismo, en la cláusula 18.2. se permite la posibilidad de que el Concesionario pueda impugnar la imposición de la penalidad por el CONCESIONARIO ante el REGULADOR pero no se ha establecido de manera expresa el plazo de la impugnación.

86. Debemos señalar que este tipo de ambigüedades respecto a la titularidad en la dirección del procedimiento de aplicación de las penalidades por incumplimientos contractuales, ha generado serios problemas al Regulador (en contratos de primer generación)⁵, de cara a una adecuada supervisión y ejercicio de su función supervisora y fiscalizadora. El diseño institucional ha previsto expresamente, que el organismo responsable de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales sea OSITRAN, y no el Concedente que es contra-parte de la empresa concesionaria en la relación concesional. En ese sentido, la titularidad en la fiscalización de incumplimientos contractuales y el consecuente procedimiento de aplicación de penalidades, de pactarse en el contrato estas, es de OSITRAN.

87. Las Partes no pueden "delegar" aquello que no está en su esfera de atribuciones legales. En esa línea, debe suprimirse toda referencia a que las "Las partes acuerdan facultar al REGULADOR, a efectos que pueda aplicar las penalidades contractuales"

88. Con el fin de establecer adecuadamente las funciones de OSITRAN y facilitar el correcto ejercicio de sus funciones; evitando que en el futuro haya distintas interpretaciones de las Partes sobre la misma, que terminen afectando la efectividad de la imposición de penalidades por parte del Regulador, requerimos se efectúe la siguiente modificación:

- (i) Indicar que el OSITRAN es el responsable del procedimiento de determinación e imputación de incumplimientos contractuales; y de la correspondiente aplicación de la penalidad que resulte aplicable, lo cual por supuesto será puesto en conocimiento de las Partes. Ello, en ejercicio de su función de supervisión de los contratos de concesión, según la cual este Regulador tiene la obligación de velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, de lo cual se deriva la capacidad que tiene para imputar un incumplimiento al Concesionario y, por tanto, para imponer las penalidades que hayan sido previstas expresamente en el Contrato de Concesión⁶.



⁵ Asimismo, este tipo de zonas grises, es utilizado por algunas empresas ante situaciones de incumplimiento, con el fin de evadir la aplicación de la penalidad correspondiente por parte del Regulador, arguyendo que es algo que puede "negociar con el Concedente".

⁶ Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público

Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

(...)

j) Cobrar (...) penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión de concesión respectivos (...)

Reglamento General de OSITRAN (REGO)

Artículo 21.- Función Supervisora



- (ii) Esto, sin perjuicio del mecanismo de subsanación que está a cargo del Concedente, en aplicación de la cláusula 14.2. Dicha subsanación se realiza sin perjuicio de la aplicación de la penalidad aplicable ante el incumplimiento detectado.
- (iii) Establecer de manera expresa el respectivo mecanismo de impugnación a que se hace referencia en el segundo párrafo de la cláusula 18.2, el cual está a cargo de OSITRAN conforme al marco legal vigente, a fin de brindar mayor predictibilidad a las Partes contratantes.
- (iv) Es necesario efectuar una precisión al contenido de la cláusula 9.2.1.2, a fin de tener una aplicación acorde al contenido de lo dispuesto por las cláusulas 18.1 y 18.2

89. En virtud de lo expuesto, se requiere se corrija el Numeral 18.1 y 18.2 conforme a la siguiente redacción:

SECCIÓN IX: GARANTIAS

(...)

GARANTÍA A FAVOR DEL CONCEDENTE

(...)

9.2.1.2 Ejecución de Garantía

La garantía señalada en la Cláusula precedente podrá ser ejecutada, previa instrucción del CONCEDENTE, por el REGULADOR en forma total o parcial, una vez identificado por éste el incumplimiento de todas o alguna de las obligaciones y siempre y cuando el mismo no haya sido subsanado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos otorgados para tal fin.

SECCIÓN XVIII: PENALIDADES

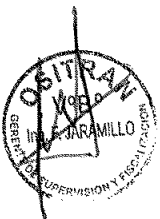
18.1 *Corresponde a OSITRAN llevar a cabo el procedimiento de determinación de incumplimientos contractuales del CONCESIONARIO y aplicar las penalidades establecidas en el presente Contrato. En ese sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el REGULADOR comunicará al CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE, del incumplimiento detectado y le notificará la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 17, sin perjuicio de lo cual El CONCESIONARIO estará obligada a subsanar el incumplimiento de acuerdo con los mecanismos establecidos en el Contrato o en su defecto los establecidos por el REGULADOR.*

El CONCEDENTE comunicará del incumplimiento al CONCESIONARIO, para fines de la subsanación del incumplimiento, siguiendo el procedimiento establecido en la Cláusula 14.2.

(...)

18.2 *El monto de las penalidades aplicadas por el REGULADOR y pagadas por el CONCESIONARIO, deberá ser abonado por el REGULADOR a la cuenta que el CONCEDENTE determine para tal efecto, en un plazo no mayor de diez (10) Días contados a partir de la notificación que reciba por parte del REGULADOR. El CONCEDENTE destinará dichos montos conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables.*

El plazo previsto en el párrafo precedente para el abono de las penalidades será suspendido ante la impugnación de la imposición de la penalidad por el CONCESIONARIO. En dicho supuesto el REGULADOR tendrá a su cargo el procedimiento y resolución de la impugnación correspondiente, reiniciándose el cómputo de dicho plazo en caso se confirme su imposición por el REGULADOR.



El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el REGULADOR, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación, sujetándose al procedimiento previsto en Contrato.

El REGULADOR contará con un plazo máximo de diez (10) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el REGULADOR no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del REGULADOR tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO.

90. Respecto de la graduación de las penalidades, en el Anexo N° 17 del proyecto de Contrato de Concesión se establece una tabla de penalidades, cuyos montos resultan elevadas en comparación a las penalidades dispuestas para los casos de otros puertos de provincia concesionados (por ejemplo, Paita). Al respecto, de manera ilustrativa, como Anexo N° 1 al presente Informe se adjunta un cuadro comparativo de la aplicación de las penalidades propuesto para el TP GSM y las establecidas para el terminal portuario de Paita. Por lo antes señalado, se recomienda revisar la información antes referida y verificar los montos de las penalidades que contemplará el Contrato de Concesión.

91. En la Cláusula 1.29.79 del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"Cláusula 1.29.79

Obras en Función a la Demanda

Son las Obras comprendidas en las Etapas 2, 3 y 4, de acuerdo a lo indicado en el Apéndice 2 del Anexo 9. El REGULADOR indicará el cumplimiento de los gatillos indicados para efectos de la ejecución en función de la demanda".

92. A fin de dar una mayor precisión a la redacción de la referida cláusula, y así evitar distintas interpretaciones de las Partes sobre la misma, se propone realizar la siguiente modificación:

"Cláusula 1.29.79

Obras en Función a la Demanda

Son las Obras comprendidas en las Etapas 2, 3 y 4, de acuerdo a lo indicado en el Apéndice 2 del Anexo 9. El REGULADOR verificará el cumplimiento de los niveles de demanda alcanzados por el CONCESIONARIO, con la finalidad de que el CONCESIONARIO de inicio a las obras comprendidas en cada una de las Etapas."

93. En la cláusula 5.45 del proyecto de Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"Cláusula 5.45

**DE LA FORMALIZACIÓN DE LA CESIÓN DE POSICION CONTRACTUAL
CORRESPONDEINTE A LOS CONTRATOS CONSIGNADOS EN EL ANEXO 18**

En un plazo no mayor a diez (10) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Cierre, el CONCESIONARIO deberá solicitar por escrito a ENAPU con copia al CONCEDENTE, la formalización de la cesión de posición contractual en los contratos consignados en el Anexo 18, a los efectos que la empresa realice, dentro de los diez (10) Días Calendario previos a la fecha de Toma de Posesión, la comunicación de fecha cierta a la que se refiere el artículo 1435 del Código Civil a las respectivas contrapartes."

[Lo subrayado es nuestro]

94. Al respecto, se recomienda corregir el referido error material y suprimir la palabra "los", debiendo quedar la redacción de la referida cláusula de la siguiente manera:

"Cláusula 5.45

DE LA FORMALIZACIÓN DE LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL CORRESPONDEINTE A LOS CONTRATOS CONSIGNADOS EN EL ANEXO 18

En un plazo no mayor a diez (10) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Cierre, el CONCESIONARIO deberá solicitar por escrito a ENAPU con copia al CONCEDENTE, la formalización de la cesión de posición contractual en los contratos consignados en el Anexo 18, a efectos que la empresa realice, dentro de los diez (10) Días Calendario previos a la fecha de Toma de Posesión, la comunicación de fecha cierta a la que se refiere el artículo 1435 del Código Civil a las respectivas contrapartes"

95. Por otro lado, la cláusula 6.9 del Contrato de Concesión, referida al inicio de la etapa de construcción, establece lo siguiente:

"Cláusula 6.9

INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN

(...)

El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras correspondientes al TP GSM conforme al Expediente Técnico y el Calendario de Ejecución de Obras aprobados por la APN, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII.

El monto de inversión que resulte como consecuencia de la ejecución de las Obras será determinado por el CONCESIONARIO, a su cuenta y riesgo, teniendo como objetivo el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. "

[Lo subrayado es nuestro]

96. Al respecto, se solicita eliminar el segundo párrafo de la referida cláusula, debido a que el monto de la inversión está determinado con los metrados reales y los precios establecidos en el Expediente Técnico aprobado; es decir, sobre esta base se efectúa la liquidación final y los posteriores registros. Por lo antes señalado, el párrafo debe quedar redactado de la siguiente manera:

"Cláusula 6.9

INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN

(...)

El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras correspondientes al TP GSM conforme al Expediente Técnico y el Calendario de Ejecución de Obras aprobados por la APN, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII.

97. En la Cláusula 6.15, referido al calendario y plazo de ejecución de obra, se señala lo siguiente:

"Cláusula 6.15

CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

(...)

El Calendario de Obras ajustado, deberá ser aprobado por la APN en un plazo que no excederá los diez (10) Días contado desde la emisión de la opinión del REGULADOR, el mismo que tendrá un plazo de diez (10) días. De no haber respuesta en el plazo señalado se entenderá que está aprobado.

(...)"

[Lo subrayado es nuestro]

98. Al respecto, se considera pertinente que el calendario de Ejecución de Obras ajustado deba ser aprobado únicamente por el Regulador, debido a que éste es quien supervisa la obra. En este contexto, se recomienda que la APN intervenga únicamente cuando exista



modificación o ampliación del plazo de la Obra Aprobada, tal y como se viene ejecutando en la práctica de las diversas concesiones portuarias. Caso contrario, el referido trámite se tornará muy extenso, lo cual podría generar que las obras se paralicen y/o se apliquen las correspondientes penalidades. En concordancia con lo anterior, se recomienda que la redacción de la referida cláusula quede de la siguiente manera:

"Cláusula 6.15

CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

(...)

El Calendario de Obras ajustado, deberá ser aprobado por el REGULADOR, el mismo que tendrá un plazo de diez (10) días. De no haber respuesta en el plazo señalado se entenderá que está aprobado. (...)"

99. Por otra parte, en la cláusula 8.18 del Contrato de Concesión, referida al inicio de la etapa de explotación, se establece lo siguiente:

"Cláusula 8.18

IIINICIO DE LA EXPLOTACIÓN

(...)

En los casos en que existiesen razones ajenas al CONCESIONARIO que ocasionaran un retraso en el inicio de la Explotación, el CONCEDENTE podrá aprobar una prórroga a los plazos establecidos en el presente Contrato, sin afectar el plazo total de la Concesión salvo los casos de Suspensión total."

100. Al respecto, se solicita se efectúe la siguiente precisión:

"Cláusula 8.18

IIINICIO DE LA EXPLOTACIÓN

(...)

*En los casos en que existiesen razones ajenas al CONCESIONARIO que ocasionaran un retraso en el inicio de la Explotación, el CONCEDENTE podrá aprobar una prórroga a los plazos establecidos en el presente Contrato, sin afectar el plazo total de la Concesión salvo los casos de Suspensión **total de las Obligaciones.**"*

101. En la Cláusula 11.17 del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"Cláusula 11.17

INFORMES AMBIENTALES

(...)

Considerando que el área de Concesión se encuentra en el área cercana a la Reserva Nacional de Paracas, en aplicación del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, el CONCEDENTE deberá obtener del SERNANP la emisión de la Opinión Previa antes del otorgamiento de derechos orientados a la habilitación de infraestructura en las Áreas Natural Protegida y/o sus Zonas de Amortiguamiento y previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la opinión técnica vinculante para la certificación del EIA Detallado se solicitará al SERNANP de acuerdo a lo estipulado por la legislación vigente."

102. Al respecto, a fin de guardar concordancia con la definición de "Leyes y Disposiciones aplicables" establecida en la cláusula 1.29.70 del Contrato de Concesión, se recomienda realizar la siguiente precisión:



"Cláusula 11.17

INFORMES AMBIENTALES

(...)

Considerando que el área de Concesión se encuentra en el área cercana a la Reserva Nacional de Paracas, en aplicación del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, el CONCEDENTE deberá obtener del SERNANP la emisión de la Opinión Previa antes del otorgamiento de derechos orientados a la habilitación de infraestructura en las Áreas Natural Protegida y/o sus Zonas de Amortiguamiento y previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente; de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la opinión técnica vinculante para la certificación del EIA Detallado se solicitará al SERNANP de acuerdo a lo estipulado por las Leyes y Disposiciones aplicables."

VI. CONCLUSIONES

103. Con relación a los temas tarifarios, calidad de servicio y acceso, la opinión del Regulador respecto a la presente versión del Contrato de Concesión del Concurso del proyecto Terminal Portuario General San Martín-Pisco es la siguiente:

- En relación a aspectos tarifarios: se da opinión favorable vinculante, sujeta a que se realice las modificaciones señaladas en numeral V.2 del presente informe.
- En relación a aspectos de acceso al servicio: se da opinión favorable vinculante. Cabe precisar que la APN calificó como infraestructura portuaria nueva al Terminal Portuario General de San Martín-Pisco de conformidad con lo que establece la Ley N° 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional y sus modificaciones aprobadas por el Decreto Legislativo 1022. Por consiguiente, tal y como lo establece la cláusula 2.7 del proyecto de Contrato de Concesión, se le otorga al Concesionario la exclusividad en la prestación de los Servicios Estándar y Especiales.
- En relación a aspectos de calidad del servicio: se da opinión favorable vinculante, sujeta a que se realicen las modificaciones señaladas en el numeral V.4 del presente informe.



102. En relación a los otros temas de competencia de OSITRAN, la opinión del Regulador respecto a la presente versión del Contrato de Concesión del Concurso del proyecto Terminal Portuario General San Martín-Pisco es la siguiente:

- En relación a la aplicación de penalidades a cargo de OSITRAN, se da opinión favorable vinculante, sujeta a que se realice las modificaciones vertidas en los numerales 88 y 89 del presente informe.
- En relación a los otros aspectos identificados en el numeral V.5 del presente informe, se solicita tener en consideración las recomendaciones formuladas por este Regulador.

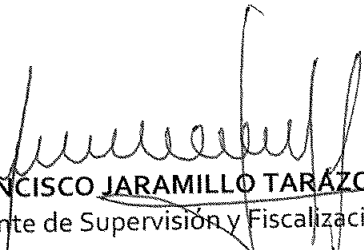


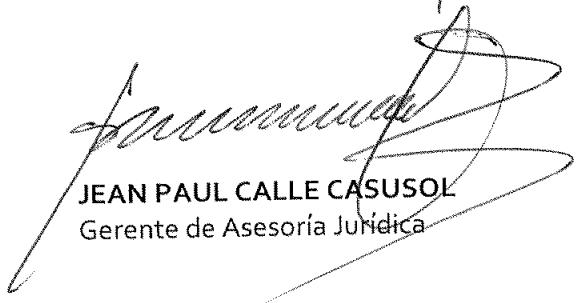
VII. RECOMENDACIÓN

104. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, emitiendo opinión favorable a la versión final del Contrato de Concesión de Concurso de proyectos del Terminal Portuario General San Martín-Pisco; sujeta a que se incorporen las modificaciones solicitadas, conforme se detalla en los numerales V.2; V.4 y V.5 del presente informe, en los aspectos identificados.

Atentamente,


MANUEL CARRILO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica