

Universidad de Lima
Facultad de Derecho
Carrera de Derecho



**CONCESIONES PORTUARIAS: DE LA
INEFICIENCIA ESTATAL RESPECTO A LOS
PUERTOS DEL PERÚ – ENAPU PERÚ;
HACIA LA PRIVATIZACIÓN EFICIENTE –
LA SITUACIÓN ACTUAL PORTUARIA.**

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado

JOSÉ CARLOS HIDALGO DEL ALAMO

Código 20030395

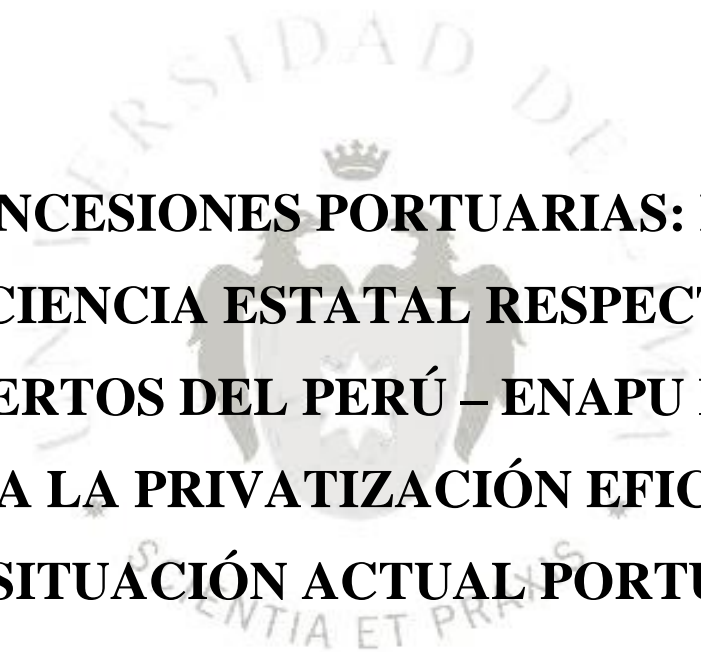
Asesor

RICHARD MARTÍN TIRADO

Lima – Perú

Junio de 2016





**CONCESIONES PORTUARIAS: DE LA
INEFICIENCIA ESTATAL RESPECTO A LOS
PUERTOS DEL PERÚ – ENAPU PERÚ;
HACIA LA PRIVATIZACIÓN EFICIENTE –
LA SITUACIÓN ACTUAL PORTUARIA.**

*A papá y a mamá. A él, por darme la razón. A ella, por darme el corazón.
Porque ya es hora de empezar a devolver, un poco de lo mucho que recibo de ustedes.*





“El diablo está en los detalles”.

Proverbio anglosajón anónimo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
--------------	---

CAPÍTULO 1

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, ORÍGENES DE LA CONCESIÓN, Y BREVE APROXIMACIÓN RESPECTO A SU IMPORTANCIA DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO

1.1 Concepto de “Concesión”, naturaleza jurídica y orígenes de la figura.	20
1.2 La aparición del servicio público dentro del rol del Estado.	29
1.3 El servicio público en el Perú.	33
1.4 Los servicios portuarios y su justificación como servicio público.	38
1.5 La brecha de infraestructura portuaria en el país.	44
1.6 El rol subsidiario del Estado en la economía.	49
1.7 Conclusiones del primer capítulo.	54

CAPÍTULO 2

MARCO INSTITUCIONAL DEL SECTOR PORTUARIO PERUANO

2.1 Introducción hacia las Instituciones del sector portuario.	59
2.2 Ministerio de Transportes y Comunicaciones.	60
2.3 Autoridad Portuaria Nacional.	63
2.4 Dirección General de Capitanías y Guardacostas.	68
2.5 Empresa Nacional de Puertos.	71
2.6 Ositran.	77
2.7 Proinversión.	82
2.8 Conclusiones del segundo capítulo.	84

CAPÍTULO 3

EL CONTRATO DE CONCESIÓN, SU FUNCIONAMIENTO, GESTIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO

3.1 Introducción: Organización portuaria y servicios básicos.	89
3.2 El contrato de concesión del puerto de Matarani: TISUR.	98
3.2.1 Antecedentes.	99
3.2.2 Definiciones y aclaraciones.	99
3.2.3 Objeto del contrato de concesión.	100
3.2.4 Plazo del contrato de concesión.	101
3.2.5 Pago de la concesión.	102
3.2.6 Operación y explotación de la concesión.	103
3.2.7 Garantías de las partes.	107
3.2.8 Responsabilidades, resolución del contrato y solución de controversias.	109
3.2.9 Otras disposiciones.	111
3.3 Contrato de concesión del puerto del Callao: DP WORLD.	113
3.3.1 Antecedentes.	113
3.3.2 Definiciones y aclaraciones.	114
3.3.3 Objeto del contrato de concesión.	115
3.3.4 Plazo del contrato de concesión.	115
3.3.5 Pago de la concesión.	116
3.3.6 Operación y explotación de la concesión.	116
3.3.7 Garantías de las partes.	118
3.3.8 Regulación de niveles de servicio y productividad.	120
3.3.9 Resolución de contrato y solución de controversias.	121
3.4 Diferencias y similitudes entre los contratos de concesión: TISUR y DPW.	122
3.4.1 Similitudes entre los contratos de concesión: TISUR y DPW.	123
3.4.2 Diferencias entre los contratos de concesión: TISUR y DPW.	128
3.5 Conclusiones del tercer capítulo.	144

CAPÍTULO 4

MEJORANDO LO BUENO: HACIA UNA OPTIMIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONCESIONES PORTUARIAS

4.1 Consideraciones preliminares.	150
4.2 Delimitación del factor de competencia.	151
4.3 Transbordo versus carga doméstica: La problemática del puerto hub.	159
4.4 Entrega de puertos en “paquete”: Fomento del cabotaje.	166

4.5 Unificando nuestra legislación: Hacia una uniforme política de concesiones.	174
4.6 Conclusiones del cuarto capítulo.	185
CONCLUSIONES FINALES	190
BIBLIOGRAFÍA	196



INTRODUCCIÓN

1. DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

La concesión es un negocio. Esa es la visión que tiene el empresario privado respecto a esta figura jurídica. Y esta – creemos nosotros – es la visión que también debería compartir el Estado; ya que, al final de cuentas, que tiene de malo obtener de provecho de algo en donde todos podemos salir ganadores.

En pocas palabras, ese es el enfoque que le da el presente trabajo de investigación: una visión práctica y económica respecto a cómo, una figura jurídica, apoyada en incentivos y modificaciones legales, puede llegar a generar una situación de bienestar general para todos los involucrados.

Como veremos en la presente tesis, la concesión, al final de cuentas es un negocio para el inversionista privado, ya que si no lo fuera, no se comprometería, mediante un contrato de concesión a destinar millonarias inversiones y aceptar la responsabilidad de administrar y operar un servicio público como lo son los puertos. Al final de cuentas decide aceptar porque, del análisis financiero que pudiera haber realizado de manera previa, se da cuenta que existe una oportunidad de negocio, en donde puede desplegar todo su conocimiento y experiencia, y además obtener importantes retornos por ello. Recordemos que nadie invertiría 600 millones de dólares para ganar solamente 1 millón; por lo que, nos damos cuenta del importante negocio que esto representa.

En ese orden de ideas, nos preguntamos lo siguiente; por qué no tener esa misma mentalidad, pero de parte del Estado. Creemos, y buscaremos demostrarlo a lo largo de la presente investigación que uno de los aspectos que hacen que las concesiones portuarias no sean aún más beneficiosas es el hecho que cada sujeto involucrado busca lo mejor para sí mismo, y a veces, si cada uno se pusiera a pensar en el beneficio del otro, pues entonces los resultados podrían ser aún mejores.

En el caso del Estado, consideramos que el principal error se encuentra en creer que la figura jurídica de la concesión aún debe ser utilizada como un medio para obtener recursos para el tesoro público, o como un costo de oportunidad por perder la gestión de determinado puerto que hubiera sido concesionado. Mientras que por el lado del empresario privado, consideramos que el principal error es creer que como destinan millonarias inversiones para construir o mejorar un activo que al cabo del plazo de concesión pasará nuevamente a manos del Estado, pues entonces tienen una especie de corona por lo que no se les puede exigir más de lo que ya están dando.

En ambos casos, ambas partes deberían comprender y tener en claro sus principales obligaciones: para el Estado, buscar la situación de mayor beneficio no solo para él, sino para todos los involucrados, los usuarios del servicio, la economía nacional, el comercio exterior y la sociedad en general. Poder tener, donde antes había nada, un puerto de primer nivel, que no le haya costado un solo sol a los contribuyentes pero del cual todos, ya sea de manera directa o indirecta puedan salir beneficiados. Mientras que por el lado del privado, éste debe comprender que su principal obligación es dar un servicio de alta calidad y al menor costo que le sea posible, ya que si el Estado tuviera los recursos necesarios él mismo lo daría, sin embargo, al no encontrarse en esa situación, concesiona para que el privado lo haga, de igual o mejor forma de lo que el Estado lo haría.

De esta manera, el Estado “se preocupara” por el privado y buscara darle incentivos jurídicos y económicos para que este último sólo este abocado a dar un servicio de calidad, de acuerdo a su experiencia; mientras que por el otro lado, el privado “se preocupara” por el Estado, ya que, al tener todas las facilidades dará un servicio de alta calidad y a precios más bajos, tal como quisiera hacerlo el Estado, pero mejor; lo que les permitirá tener un importante beneficio económico y la satisfacción de los usuarios y público en general, que es a final de cuentas, lo que buscó el Estado al concesionar.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivo general

El presente trabajo de investigación busca contribuir, desde una perspectiva jurídica, con el desarrollo y crecimiento económico del país, de forma tal que permita a todo aquel que revise esta tesis, comprenda como es que fue concebida la figura jurídica de la concesión y cómo es que se aplica ésta en la práctica, específicamente dentro del ámbito portuario. Asimismo, busca proponer alternativas para optimizar las concesiones portuarias, de forma tal que los agentes involucrados (Estado, inversionista privado usuarios y público en general) logren alcanzar una situación de mayor eficiencia y bienestar.

2.2 Objetivos específicos

Demostrar que la entrega de concesiones portuarias al sector privado se puede realizar de manera más eficiente, tanto para el Estado como para el inversionista privado y la sociedad en general, de forma tal que las partes involucradas logren alcanzar un beneficio económico que les permita satisfacer los intereses por los cuales decidieron participar de la concesión.

Incentivar modificaciones legales a la legislación sectorial vigente, de forma que se eliminen las restricciones legales que el propio Estado se ha autoimpuesto, creyendo que beneficiarían más a determinada industria cuando en realidad, impiden lograr una integración horizontal del negocio marítimo portuario, que a la larga redundaría en un beneficio indirecto para las concesiones portuarias.

Comparar los contratos de concesión existentes, como vienen funcionando y analizar las ventajas y desventajas de los mismos, desde los puntos de vista e interés del Estado, el inversionista privado, los usuarios y el público en general. Comprobar que pese a los resultados positivos obtenidos y la clara mejora en comparación con la administración estatal, aún persisten ciertas diferencias entre uno y otro caso que no permiten lograr obtener la máxima eficiencia de la figura jurídica, de acuerdo a como ha sido concebida.

3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La prestación adecuada, oportuna y eficiente de los servicios portuarios tiene incidencia no solamente en el individuo, sino también en la colectividad; por ello, es que se puede considerar al servicio portuario como un servicio público, ya que su prestación afectará a la sociedad en general.

El servicio portuario es considerado como un servicio público, por lo que es obligación del Estado el velar por la correcta prestación y cumplimiento del servicio. Si bien, en un primer momento sería el propio Estado quien debería brindar dicho servicio, en vista a que afecta a toda la sociedad, nuestra Constitución permite y alienta la promoción de la inversión privada, tanto en los servicios como en las obras públicas de infraestructura y bienes de dominio público, para lo cual el Estado los entrega en concesión.

Así pues, al hacer uso de esta figura jurídica, el Estado, sin perder la titularidad sobre dichos bienes y servicios, permite que el inversionista privado, durante un periodo de tiempo determinado, construya, administre, opere y sea el encargado de llevar la gestión de dicho servicio público; para lo cual se cobrará una tarifa por medio de la cual podrá recuperar su inversión. La importancia de la figura de la concesión radica en que el Estado nunca pierde la titularidad del servicio, con lo que tiene plena injerencia respecto a lo que suceda con la concesión, por ser considerada ésta como un servicio público. Es por ello que en el presente trabajo de investigación, partimos de la premisa que el Estado concede para que el privado administre, y sin embargo, el privado deberá prestar el servicio como si lo estuviera realizando el propio Estado; esto es, velando por el interés general, pero imprimiéndole mayor eficiencia y capacidad al servicio.

En tal sentido, y en virtud a lo expuesto, el presente trabajo de investigación buscará entender por qué el Estado decide dejar de lado la actividad empresarial y empezar a concesionar sus principales puertos marítimos; descubriendo si mediante esta opción de la concesión portuaria el Estado obtiene mayores beneficios que si él mismo continuara operando y administrando los puertos a través de su empresa estatal; y veremos si es conveniente que aún se mantenga vigente esta empresa estatal. También

analizaremos la política a nivel Estado respecto a las concesiones portuarias, e identificaremos que es lo que busca el inversionista privado al participar en estos procesos de concesión y cuáles son sus ganancias. Por último, buscaremos llegar a un punto de equilibrio económico, tanto para las pretensiones del Estado como para las del inversionista privado, para que finalmente podamos conocer los beneficios que obtienen todos los agentes involucrados en la concesión.

3.1 Problema principal

La concesión es la solución. Sobre ese punto no cabe ninguna duda. Sin embargo, el hecho que durante más de 15 años de aplicación (en el sector portuario) esta figura jurídica haya brindado resultados positivos no significa que no existan aspectos que puedan mejorarse u optimizarse. Si creemos que la situación actual es la mejor que existe, pues estaríamos cometiendo un grave error.

Si comparamos como nos encontrábamos antes de concesionar los puertos al día de hoy, evidentemente notaremos una gran mejoría. Es más, si comparamos los primeros años de las concesiones portuarias o las primeras concesiones portuarias con las actuales, también evidenciaremos una notoria mejoría. La concesión es una figura jurídica dinámica y no estática, por lo que si bien, sus fundamentos se mantienen sólidos a través de los tiempos; ha sabido adaptarse a los cambios que han venido ocurriendo, en este caso, en la industria marítima portuaria.

En ese orden de ideas, el problema principal que se identifica en la presente investigación, es el hecho de querer mantener a la concesión, con todo lo que esta representa (legislación vigente, contratos, procesos de selección), tal como está. Así como veremos que el negocio marítimo portuario ha ido evolucionando a lo largo de los años, la concesión y su regulación legal debe también irse modernizando para que pueda hacerle frente a los nuevos desafíos a los cuales se enfrenta; permitiendo así una situación de mayor seguridad jurídica para todos los agentes involucrados.

3.2 Problemas secundarios

El Estado aun continua con la idea que la concesión representa, de alguna manera, una forma de ingresar recursos al tesoro público, ya sea por el costo de oportunidad que representa (el dejar de operar y administrar el puerto con la consecuente pérdida de recursos económicos) a través del cobro del canon; o por la delimitación del factor de competencia específico para la concesión de determinado puerto. Se debe buscar hacer entender el que objetivo primordial de la figura jurídica de la concesión no es generar recursos para el tesoro público (claro que si se puede lograr bienvenido sea), sino generar una situación de mayor eficiencia: que se tenga un mejor puerto y/o un mejor servicio sin que esto le signifique al Estado el destinar recursos públicos y así pueda hacerlo para otros fines que le permita crecer como nación.

Delimitar los alcances y establecer las diferencias entre las infraestructuras portuarias existentes y las infraestructuras portuarias nuevas en lo relativo al plazo de duración de la concesión. Al momento de realizar la entrega en concesión, se debe tener especial atención sobre si se trata de un puerto existente y que ya está operativo, o si por el contrario se trata de una concesión que va a empezar desde cero; por lo que, si bien el plazo que se utiliza para las concesiones portuarias es de 30 años, no puede ni debe ser el mismo, ya que en ambos casos este empieza a correr desde la suscripción del referido contrato de concesión, sin embargo, mientras que en el caso del puerto existente el privado puede empezar a operar desde el día uno, en el caso de un puerto nuevo, debe considerarse el plazo que le toma realizar toda la construcción, más aun cuando en esos supuestos las inversiones a realizar son mayores, por lo que se debería tener especial consideración para este tipo de casos y no tratárseles de la misma manera.

4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA ESCOGIDO

Hasta inicios de la década de 1990, se rigió en el Perú un modelo que privilegiaba al Estado como gestor del desarrollo económico, lo cual originó la creación de numerosas empresas públicas a través de las cuales el Estado asumió la gestión de los principales sectores productivos del país.

La tendencia estática conllevó a tener 186 de empresas públicas, las que arrojaban cuantiosas pérdidas que suman en los últimos 35 años casi US\$ 29,000MM, calculados a valor presente y a tasas de interés internacional. Este monto representa un porcentaje muy importante de nuestra deuda pública externa.

De otro lado, al ejecutar el Estado el derecho al manejo empresarial de las principales actividades productivas y de servicios del país, absorbió la mayor cantidad de recursos de la economía y obstaculizó el exceso del sector privado a los diversos sectores productivos y de servicios nacionales.

En este contexto, es un hecho demostrativo que la única manera de revertir la situación de la pobreza que afecta a casi la mitad de la población y generar expectativas acordes con el crecimiento demográfico, es a través de la inversión privada. Sin ella, el Perú no podrá alcanzar el crecimiento esperado, con lo que su promoción es indispensable.

La importancia de los puertos dentro de la economía de un país es un hecho incuestionable, dada la relevancia que a nivel mundial tiene el transporte marítimo, pues en casi todas las economías, el mayor porcentaje del total de las exportaciones e importaciones de bienes se realiza por la vía marítima.

El transporte marítimo depende de los puertos para sus operaciones, siendo las instalaciones portuarias los puntos clave que actúan como intercambiadores entre el transporte marítimo y los otros nodos de la cadena logística del transporte. Por tanto, para disponer de un modo de transporte marítimo eficiente, es necesario garantizar un buen funcionamiento de los puertos. El objetivo básico de un puerto es promocionar un traslado rápido y seguro, principalmente de mercancías a través de sus instalaciones, de forma que se minimicen los tiempos de espera y se proporcionen los servicios necesarios al mínimo costo posible, con la finalidad de reducir los costos involucrados en dichas operaciones.

En tal sentido, al ser el comercio internacional parte esencial del desarrollo económico de los países, la importancia del tema escogido radica en exponer las deficiencias y problemas actuales que enfrentan las concesiones portuarias hoy en día; y

ofrecer alternativas de solución jurídicas que redunden en beneficios tanto para el Estado como para los inversionistas privados y la sociedad en general.

5. HIPÓTESIS

Existen oportunidades en la que es necesario retroceder un paso para luego poder avanzar dos. Consideramos que en el presente trabajo de investigación nos encontramos ante una de estas oportunidades. Si bien a la fecha, ya se han entregado siete (7) concesiones portuarias, y aparentemente todas ellas vienen operando correctamente, existen casos en donde se observa un desequilibrio entre los sujetos partícipes de la concesión. Algunas veces es el Estado quien se encuentra en una posición de inferioridad, mientras que otras veces es el inversionista privado y otras veces son los usuarios del servicio y la sociedad en general. Esto no hace más que demostrar que, si bien el rumbo a seguir debe ser el de la entrega en concesión de los puertos al sector privado, consideramos deberían realizarse algunos ajustes, tanto a los contratos de concesión como al marco legal de las concesiones, con la finalidad de optimizar la eficiencia de las mismas.

En consecuencia, y teniendo como finalidad el optimizar el uso de esta figura jurídica para lograr así una situación de mayor bienestar, este trabajo de investigación buscará demostrar que para lograr una mayor eficiencia en las concesiones portuarias, se debe, en primer lugar, volver a los orígenes de la concesión y adecuar su uso a forma en la que fue concebida. Asimismo, se deberá comprender y respetar los papeles que juegan los agentes dentro del escenario particular: la entrega de un servicio público en concesión al sector privado; de forma tal que el Estado entienda que su principal objetivo es buscar el bienestar general sin que esto le signifique gastar sus recursos, mientras que el inversionista privado comprenda que, su objetivo no pasa solo por el hecho de maximizar beneficios, ya que para eso se puede quedar en la esfera privada; sin embargo, al entrar a la esfera pública, a través de la concesión, debe entender que está obligado a brindar un servicio de alta calidad y a bajos precios, y por ello tendrá el derecho de percibir un importante beneficio económico. En tal sentido, se deberán crear los incentivos necesarios (propuesta de la investigación) para que el Estado pueda delimitar mejor que es lo que quiere y que es lo que busca en sus puertos, y de acuerdo a ello, se pueda elegir

al inversionista privado más calificado para dicha tarea; para lo cual, se buscara integrar el negocio marítimo con el negocio portuario y remover algunas trabas legales autoimpuestas en nuestra legislación, para así llegar a un punto de equilibrio entre ambas partes.

De esta forma, somos de la opinión que cumpliendo con estas premisas, no sólo estaríamos en una situación de bienestar (tal como en la que nos encontramos ahora), sino que además, podremos optimizar las concesiones portuarias; crear incentivos para que, ya sean operadores nacionales o internacionales ingresen al sector marítimo – portuario, con el consecuente dinamismo que éste la traerá a la economía; y lo que consideramos más importante, cuidar y dar un mejor uso a las arcas del tesoro público del Estado, para que éstas sean usadas en temas donde quizás el privado no está invirtiendo el día de hoy y que son de suma importancia la para población, sin dejar desabastecido un servicio público importante como lo es el sector portuario; todo ello gracias a la figura jurídica de la concesión.

6. MARCO TEÓRICO

La intervención del Estado en la economía, la promoción de la inversión privada y el rol subsidiario del Estado. El marco legal peruano vigente alienta la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos. Aproximación respecto a la definición del servicio público, a efectos de dejar sentadas las bases de la figura jurídica materia de investigación: la concesión administrativa. La brecha de infraestructura – portuaria – en el país y por qué es de interés de la colectividad la concesión de los principales puertos. Cuál es la razón por la que el Estado concede, se está haciendo uso de la figura jurídica como debería ser utilizada. Comparación del marco teórico con el marco legal existente y contraste sobre si la concesión administrativa es un acto administrativo o un contrato administrativo.

Detalle respecto a los sujetos involucrados en las concesiones portuarias. Aproximación y detalle de las funciones de cada una de las entidades que participan dentro del proceso de promoción de la inversión privada para la concesión de puertos.

Análisis de sus respectivos roles y justificación de su presencia en aras de una mayor eficiencia.

Estudio sobre la casuística existente (principales contratos de concesión celebrados por el Estado Peruano) y comentarios sobre la base legal existente y en plan nacional de desarrollo portuario y como se adecuan éstos con los citados contratos. Importancia del comercio internacional y la inversión privada en el desarrollo del país, y los beneficios que se generan para la sociedad en general. Sobre la base de lo real, importancia de analizar lo que busca el Estado en su política de concesiones y lo que quiere el inversionista privado al buscar ser prestador del servicio, hallando así el equilibrio económico entre las partes involucradas. Propuestas para optimizar las concesiones portuarias y hacerlas más eficientes tanto para el Estado como para el privado.

7. METODOLOGÍA Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

El trabajo de tesis a realizar será desarrollado mediante el método inductivo; esto con la finalidad de tratar primero los casos para llegar a las generalizaciones teóricas después. Gracias a que el método inductivo se basa en hechos y no en conceptos, el presente trabajo habrá probado primero para recién después de expuesto el caso teorizar.

Asimismo, pretendemos encaminar el trabajo de investigación hacia una tesis funcional, en vista a que éstas se preocupan en descubrir la trama de intereses políticos, económicos e ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas.

En ese orden de ideas, los aspectos que analizaremos en el primer capítulo serán aquellos relativos a la figura de la concesión en sí: cómo surgió, cuál fue su finalidad, como ha ido mutando a lo largo de los años y si en la actualidad se aplica como realmente fue concebida. Asimismo, y en vista a que el trabajo no es solamente sobre la concesión administrativa, sino sobre la concesión portuaria, descubriremos que los servicios portuarios son servicios públicos y que por ende merecen ser priorizados por el Estado. Veremos también su importancia, al analizar la brecha de infraestructura y luego

buscaremos que el lector pueda formar una opinión sobre la conveniencia que sea el privado, el Estado o quizás ambos quienes se encarguen de la gestión de los puertos a través de la figura de la concesión.

Luego, y a modo de tener un mejor conocimiento del “juego”, buscaremos presentar y dar a conocer, en el segundo capítulo, a cada uno de los “jugadores” que están presentes en las concesiones portuarias. La idea es que el lector pueda saber a ciencia cierta, cuales son todas las entidades involucradas en el sector marítimo portuario, y que participan activamente en las concesiones de puertos. Asimismo, buscaremos que el propio lector pueda identificar la importancia de cada una de ellas, de forma tal que pueda formar su propia opinión y valorar si es que existen superposición de funciones entre algunas de ellas o si es que son las entidades necesarias para una concesión portuaria más eficiente.

Más adelante, ingresaremos al tercer capítulo en donde nos sumergiremos en la realidad práctica de las concesiones portuarias: analizaremos dos contratos de concesión, actuales y vigentes, y en opinión de esta investigación, los más trascendentales para efectos prácticos del trabajo, ya que se tratan de las dos primeras concesiones portuarias del país y que tiene mayor duración (16 y 9 años respectivamente), lo cual nos permitirá determinar las similitudes y diferencias entre ambos contratos y sobre la aplicación de la figura jurídica en la realidad, de forma tal que podamos identificar las fortalezas y debilidades en aras de llegar a la que busca esta investigación, optimizar el contrato de concesión, tanto para el Estado como para el inversionista privado.

Finalmente, llegaremos al cuarto capítulo en donde intentaremos presentar nuestras propuestas, de acuerdo a todo lo recabado en la investigación. Observaremos que nos encontramos en la posibilidad de emitir un juicio de opinión respecto a las concesiones portuarias en el país, y si es que la figura jurídica está siendo utilizada de acuerdo a como fue concebida. Además, podremos opinar respecto al papel que juegan las entidades involucradas y las diferencias que pudieran existir para casos idénticos o muy parecidos, lo que nos permitirá hacer una reflexión y aportar ideas y propuestas que busquen optimizar el uso de esta figura y crear una situación en donde todos los involucrados puedan encontrarse en una situación de mayor eficiencia, probando así las hipótesis planteadas.

**CAPÍTULO 1: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, ORÍGENES DE LA
CONCESIÓN, Y BREVE APROXIMACIÓN RESPECTO A SU IMPORTANCIA
DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO.**

1.1 Concepto de “Concesión”, naturaleza jurídica y orígenes de la figura.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, nos damos con la sorpresa que existen distintas definiciones del concepto de la “concesión”. Es importante mencionar que, de aquí en adelante, cuando hagamos referencia al término concesión, estaremos refiriéndonos a la figura jurídica de la “concesión administrativa”. Así pues, consideramos importante iniciar el presente trabajo de investigación brindándole al lector los conceptos básicos y necesarios en relación a la citada figura jurídica. En ese orden de ideas, es imperativo responder a la interrogante ¿qué es la concesión?; ¿para qué sirve y por qué se utiliza? A continuación, buscaremos aproximarnos hacia una definición del concepto de concesión y su naturaleza jurídica, de forma clara y concisa; ya que no es nuestra intención el elaborar un compendio sobre la concesión; sino por el contrario, proveer las pautas básicas a fin que el lector pueda comprender su operatividad (con exclusividad en el sector portuario), y analizar el contenido de la propuesta del trabajo. En tal sentido, intentaremos explicar qué es la concesión en base a las definiciones con las que contamos en nuestro ordenamiento jurídico vigente, tanto en la Ley, así como también en la jurisprudencia y la doctrina.

Así pues, lo primero que haremos será revisar lo que dice la Ley; y para ello nos remitimos al Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que contiene el *Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado*

de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, en adelante Ley de Concesiones; la cual define a la concesión, en su Artículo 13° de la siguiente manera:

Artículo 13°.- “La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el **contrato de concesión** constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado”.

La primera conclusión que podemos obtener es que nos encontramos ante una definición que no es muy clara y que además, no termina por explicarnos que es la concesión, sino que por el contrario inicia diciendo que cosa no hace la concesión; para luego enmarcarla dentro del contrato administrativo, el cual permitirá al concesionario ejercer sus derechos. Sin embargo, si únicamente nos basáramos en ésta definición, seríamos de la opinión que no tendríamos un concepto determinado de la figura jurídica.

Por ello, y siguiendo con las definiciones contenidas en las normas legales, recurrimos a lo expuesto en el Reglamento de la Ley de Concesiones, el cual se encuentra regulado en el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 060-96-PCM, que contiene el *Texto Único Ordenado de las Normas que Reglamentan las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos*, y define a la concesión como:

Artículo 3°.- “Entiéndase por concesión al **acto administrativo** por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido. Entiéndase por la ejecución, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprenden:

- a) *La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;*
- b) *El mantenimiento de la obra; y,*

c) *El pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución de los servicios básicos y complementarios recibidos*”.

Ahora bien, vemos que la definición del Reglamento de la Ley de Concesiones es un tanto más clara, ya que inicia señalando que la concesión es un acto administrativo. Sin embargo, tal afirmación genera nuestra primera interrogante: ¿La concesión es un contrato o es un acto administrativo? Si bien la definición dada en la Ley de Concesiones no fue del todo clara, si encuadró de manera expresa a la figura jurídica de la concesión dentro de los parámetros de un contrato, con lo que se podría dar a entender que al referirnos a la concesión estaríamos haciendo alusión a un contrato; no obstante, al ver la definición del Reglamento de la Ley de Concesiones, vemos que claramente se le califica como un acto administrativo; por lo que corresponde dejar en claro la definición del concepto, lo cual haremos sobre la base de más evidencia jurídica.

Por su parte, el Contrato de Concesión correspondiente al *Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao*, define a la concesión como:

Definición de Concesión.- “Es la **relación jurídica de derecho público** que se establece entre el Concedente y la Sociedad Concesionaria a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el Concedente otorga a la Sociedad Concesionaria el derecho a explotar y la obligación de diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión”.

Finalmente, podemos recoger que de la definición del contrato de concesión del principal puerto del país, se califica a la concesión como una relación jurídica, materializada a través de un contrato y que es a través de éste que permite al concesionario el poder ejercer los derechos que le otorga la concesión. Nuevamente, es más que claro que nos encontramos ante una definición que no logra definir de manera precisa el significado de la figura jurídica materia de estudio; y además, persiste la duda sobre si estamos frente a un contrato o frente a un acto administrativo.

Es así que podemos concluir que en nuestra legislación y jurisprudencia, no existe consenso en cuanto a la definición del concepto de concesión. Es por ello que consideramos importante profundizar aún más en esta parte de la investigación y recurrir también a lo sostenido en la doctrina, para ver si es que podemos llegar a una definición uniforme en relación a la concesión.

Es sabido que el Estado requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no solo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de eficiencia económica. De esta manera, reconocemos que el contrato administrativo es uno de los medios más comunes por el cual el Estado se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración.

Es por ello que Roberto Dromi, citado por Oscar Trelles de Belaúnde, define el contrato público o administrativo como un “acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”. Los elementos caracterizadores de esta figura, a decir de este autor, son el objeto del contrato, la participación de un ente estatal como parte y las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución. En este sentido, en todo contrato que participe la Administración se estará ante un contrato administrativo y se tendrá un régimen jurídico especial regido, en su mayor parte por el Derecho Público¹.

Trelles por su parte, señala que “un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. La materia será administrativa cuando se esté ante temas de interés público, bienes de dominio público, la Ley expresamente establezca una reserva en ese sentido o, en general, cuando la Administración contrate con un fin público. Así, el criterio determinante para establecer la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración debe ser el contenido del mismo”².

¹ TRELLES DE BELAÚNDE, Oscar. *El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. Lima: Revista Themis N° 44. Julio 2002, p. 239.

² *Ib.*, p. 240.

Sin embargo, observamos que sigue sin ser respondida la interrogante sobre si la concesión es un contrato o un acto administrativo. Si bien hemos hecho mención acerca del contrato administrativo, esto ha sido para poder explicar que es éste el mecanismo más utilizado por el Estado para poder relacionarse con los particulares, sin que esto signifique que la concesión sea necesariamente un contrato. Es por ello que coincidimos con Richard Martin Tirado cuando señala que “el tema de la concesión administrativa es complejo y de enormes implicancias, ya que es una figura que aún no se encuentra uniformemente definida. A partir de la Carta de 1993, la concesión es concebida como una modalidad especial de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, destinada a generar ingresos para el Estado y cubrir así, el déficit fiscal de aquella época. En sus inicios, la concesión no fue el mecanismo más utilizado (1991-1996): Lo que ocurrió fue que se privatizó en sentido restrictivo. Una vez que naturalmente se agotaron los activos del Estado que vender y persistían las necesidades económicas del país se empieza a utilizar con intensidad esta modalidad. Por supuesto que existen casos de excepción: Concesión otorgada a Telefónica en el año 2004”³.

Existe pues, doctrina autorizada que señala que la concesión es un contrato. Es así que Dromi, citado nuevamente por Trelles, indica que “la concesión de servicio público es un contrato administrativo. Las relaciones se rigen por el Derecho Público administrativo. Los eventuales conflictos deben tramitarse en la jurisdicción contencioso administrativa”. Debido al carácter administrativo de la concesión, la Administración puede introducir modificaciones, pues su “naturaleza habilita tales modificaciones. Éstas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria (...) derivan directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público”⁴.

Asimismo, encontramos la definición de Villar Ezcurra, citado por Trelles, quien también coincide con Dromi al establecer que a la concesión como “un contrato celebrado entre la Administración y un particular mediante el cual se reconoce el derecho de

³ MARTIN, Richard. *Marco Legal de las Concesiones de Servicios Públicos y de la Obras Públicas de Infraestructura*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2011, p. 45.

⁴ TRELLES DE BELAÚNDE, Oscar. *El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. Op. cit., p. 247.

ejercitar una actividad de servicio público reservado a la Administración por una norma”. En definitiva, la “concesión administrativa (...) implica la transferencia o reconocimiento a favor de un particular del derecho a ejercer una actividad reservada a la Administración”⁵.

No obstante lo señalado líneas arriba, esta investigación discrepa en cuanto a las afirmaciones respecto a que la figura de la concesión se trate de un contrato. Nuevamente, y sin ánimos de entrar a un debate doctrinario, es nuestra intención dar a conocer nuestra opinión en base a lo expuesto en la Ley, la jurisprudencia y la doctrina; y es sobre ello que formamos nuestra opinión, la cual puede ser aceptada o no por el lector.

Como vimos en la definición que efectúa el Reglamento de la Ley de Concesiones, se dice que la concesión viene a ser un acto administrativo. En ese orden de ideas, conviene recordar que se entiende por acto administrativo. El Artículo 1° de la *Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General* define al acto administrativo como:

Artículo 1°.- *“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”*.

En virtud a lo expuesto, estamos de acuerdo con la definición del Artículo 3° del Reglamento de la Ley de Concesiones, en el punto donde señala que la concesión es un acto administrativo. Partimos de esta premisa sobre la base que la idea de concesionar determinado servicio público no nace del consenso y/o acuerdo de voluntades entre la entidad del Estado correspondiente y el particular; sino que nace únicamente por voluntad del Estado, quien decide entregar en concesión determinado servicio público para que pueda el privado participar de la gestión de dicho servicio, con su correspondiente actividad económica; un hecho que si no fuera por la concesión, no sería posible para el privado.

⁵ *Ib.*, p. 247.

De esta manera, en virtud a la declaración de la entidad respectiva (del acto administrativo), se produce un efecto jurídico sobre una situación concreta (la entrega en concesión) la cual luego será definida, acordada y materializada a través del respectivo contrato administrativo: el contrato de concesión. Pero el nacimiento de la figura jurídica, en opinión de esta investigación, se da a través del acto administrativo.

Así pues, nuevamente coincidimos con Martín, quien es muy claro al señalar que “la realidad del Artículo 3° del Reglamento del TUO de Concesiones define a la concesión como un acto administrativo.

La definición no delimita el carácter reglamentario ni contractual de la concesión. De una lectura literal se puede desprender que el contrato viene a ser un elemento accesorio a la concesión. La concesión en el régimen general existente en el Perú, debe formalizarse a través de un contrato.

El procedimiento de selección concluye con la emisión de un **acto administrativo**, pero se requiere necesariamente la suscripción del respectivo **contrato de concesión** para que el título jurídico de **concesión** pueda comenzar a surtir efectos”⁶.

En consecuencia, con la finalidad de ir concluyendo la parte relativa a la definición del concepto y naturaleza jurídica de la concesión, y sin ánimos de ingresar a una discusión doctrinaria que podría ser materia de otro trabajo de investigación; queremos recalcar que, sabiendo que las concesiones se otorgan a través de Licitaciones Públicas Especiales o Concursos de Proyectos Integrales nacionales o internacionales, y que se formalizan con la firma de un contrato de naturaleza administrativa; estamos de acuerdo con la crítica de Martín, quien recomienda “dar coherencia al marco legal de las concesiones. Además, agrega que no debería efectuarse una distinción entre concesión como acto administrativo y como contrato de concesión en términos conceptuales; dado que tal distinción, sí sería pertinente a fin de analizar su naturaleza jurídica y la problemática de la extinción del contrato de concesión”⁷.

⁶ MARTIN, Richard. *Marco Legal de las Concesiones de Servicios Públicos y de la Obras Públicas de Infraestructura*. Op. cit., pp. 48-49.

⁷ *Ib.*, p. 49

En virtud a ello, compartimos la opinión de Martin al afirmar que no hay razón de iniciar una discusión ideológica respecto a la naturaleza jurídica de la concesión. En base a lo previamente desarrollado, hemos convenido aclarar, de manera clara y concisa, el concepto de la figura jurídica de la concesión, y es por ello que hemos concluido que la concesión es un acto administrativo que se formaliza a través del contrato respectivo.

Hasta este punto, hemos buscado aproximar al lector hacia un concepto claro y conciso de la concesión, y esto lo hemos hecho en base a lo expresado en la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, sumado a la interpretación que le hemos dado en el presente trabajo; sin embargo, y pese a encontrar similitudes y diferencias en las definiciones que se han dado respecto a la concesión; consideramos importante hacernos la pregunta sobre cuál fue el punto de partida en donde se gestaron los orígenes de esta figura jurídica; y es por ello que buscaremos remontarnos a aquellos inicios de la “concesión”.

De acuerdo con José Fernando Vargas Fritz, el origen del concepto de concesión fue entendido como un “acto propio del soberano, del príncipe; el cual otorgaba por medio de ella terrenos de la corona u otros privilegios o gracias en recompensa por servicios prestados a la autoridad por el súbdito beneficiario”⁸.

Siendo esto así, y de acuerdo con Diego Zegarra Valdivia, se desprende de la definición referida líneas arriba, que el objeto de esa antigua concepción era la transferencia de dominio sobre los bienes, aun cuando se tratase de un dominio especial y no solamente, como se le entiende hoy en día, con uso y goce temporales⁹.

Asimismo, encontramos otra explicación que complementa lo señalado respecto a los orígenes de la figura de la concesión, expuesta por Gladys Vásquez Franco, quien señala que **“La forma más antigua de participación del sector privado en la gestión del servicio público es la figura de la concesión.** La aparición de la concesión del servicio público corresponde al momento histórico de afianzamiento de la soberanía nacional, con el tránsito del Estado individualista al Estado gestor del servicio público.

⁸ VARGAS FRITZ, José Fernando. *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago, Chile: Revista “La Ley”. 1997, p.20.

⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. Lima: Revista “Themis”. 1999, p.101.

Surge como fórmula salvadora la idea del contratista colaborador por medio del cual el Estado, conservando la titularidad del servicio – lo que le permite su reglamentación y vigilancia –, se desprende de su gestión y lo concede a un empresario particular. Se deslindan entonces los conceptos de titularidad administrativa y ejercicio público; y el particular se convierte en colaborador de la administración: **Aparece la primera forma jurídica de prestación de servicio por los particulares – la concesión –, como concepto paralelo a la *concessio principis*, para el uso de los bienes demaniales**¹⁰.

De esta manera, y de acuerdo a lo señalado, nos vamos haciendo una idea más clara acerca del concepto de concesión, tal como fuera concebido inicialmente: Existía un Estado absolutista, en donde el soberano (rey) era dueño y propietario de la mayoría de bienes existentes dentro del territorio de aquella nación. Siendo ello así, el soberano, amparado en el ejercicio absoluto de sus poderes, concedía una suerte de gracia o privilegio a aquellos súbditos que lo habían servido fielmente; y en recompensa por dichos servicios les otorgaba la propiedad (titularidad) de dichos bienes (o servicios), para que de ahí en adelante fueran administrados y explotados por aquellos súbditos.

Así pues, mediante esta gracia o *concesión* del soberano, esta figura jurídica, comprendió, en un primer momento, la transferencia de propiedad de un bien que realizaba el Estado a favor de un privado.

Más adelante, gracias al fenómeno gestado por la Revolución Francesa, en donde se produce la caída del Estado absolutista para dar lugar a un Estado de bienestar, y así pasar de un Estado individualista a un Estado colectivo; aparecen nuevos ideales sobre la noción de Estado, en donde el ciudadano adquirirá un rol preponderante y donde pasará a ser un fin dentro de la política de este nuevo Estado.

Es por ello que cambia también, ligeramente, el concepto que se tenía de la figura jurídica de la concesión: Si bien continua siendo una gracia especial que otorga el Estado a favor de sus ciudadanos – entiéndase a favor del privado –, ésta concesión para la entrega de bienes o la gestión de algún servicio, los mismos que son de propiedad del

¹⁰ VASQUEZ FRANCO, Gladys. *La concesión administrativa de servicio público*. Bogotá, Colombia: Temis. 1991, p.9

Estado y sólo pueden ser prestados por él, pasan a manos de los ciudadanos; pero sin que el Estado pierda la titularidad sobre dicho bien y/o servicio. Ya no existe la posibilidad de ceder el dominio (facultad de disposición) porque los actos del Estado ya no son los actos del príncipe. Surge así la idea del Estado y el servicio público.

1.2 La aparición del servicio público dentro del rol del Estado.

Estando ubicados en el contexto post revolución francesa; donde surge un nuevo Estado de derecho – este Estado de bienestar que derroca el antiguo régimen del Estado absolutista; surgen nuevos fundamentos ideológicos, producto de la revolución, y nuevos datos sociológicos, producto de una burguesía emergente; y así aparece la figura del “servicio público” como una suerte de compromiso – de reconciliación – del Estado con los intereses particulares. Es así que, y tal como señala Baldo Kresalja, **“El Estado encarna la razón – el interés general –; la sociedad en cambio, los intereses particulares que en la sociedad burguesa se identifican con la actividad económica.**

En efecto, el Estado declara – y se reserva – la titularidad, y la gestión se deja a los particulares en virtud del principio de libertad de industria y comercio. Y ambas partes quedan satisfechas porque el servicio no se identifica con imposición y lo público evita el privilegio. El servicio público proporciona así una legitimidad nueva al Estado. La prestación disimula la dominación. El particular se beneficia de la gestión y limita por otra parte, en nombre de la libertad de industria y comercio, la competencia del Estado. Este compromiso ideológico refuerza la posición de la burguesía de negocios, y así entiende la importancia que en esta época adquiere la figura del concesionario. **En ese momento histórico, la concesión del servicio público, es decir, su gestión por particulares, es el único medio que el Estado acepta para satisfacer las crecientes demandas sociales**”¹¹.

En vista a la aparición de una burguesía emergente, compuesta por ciudadanos que reclamaban una mayor autonomía y participación en la actividad económica de la

¹¹ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. Lima: Revista “Themis”. 1999, p. 41.

nación; el Estado busca un punto de equilibrio que le permita mantener el control y fiscalización sobre actividades de interés colectivo y que traen beneficios a la sociedad, y a la vez, fomentar el desarrollo económico de los particulares que forman parte de ella. Aparece en el Estado la preocupación por atender necesidades básicas de la población que influyan en forma definitiva en el bienestar y la salud pública, lo que lleva a la comprobación de que su cobertura y calidad son indicadores del nivel de vida de una nación, ya que el acceso masivo a los mismos constituye un factor fundamental en el desarrollo económico y social de cualquier país. Aparece entonces, la figura jurídica del servicio público.

En consecuencia, se busca que el Estado asuma directamente más responsabilidades, pues su papel debería ser especialmente jurídico, no económico. En tal sentido, y en virtud a lo expuesto, Gaspar Ariño Ortiz, citado por Kresalja, señala que “La resultante de esta tensión, ante la urgencia de satisfacer nuevas necesidades públicas (exigencias de la vida de la sociedad) y las concepciones ideológicas imperantes será **la concesión administrativa**. Mediante esta fórmula, el Estado hará compatible la titularidad estatal sobre dichas actividades (dominus) con su dirección, pero sin gestionar. Estas tareas o actividades novedosas si bien no eran intrínsecamente públicas, pues no formaban parte de los fines históricos o esenciales del Estado, mediante esta técnica quedaban publicadas, ya que lo que sucede en concesión no es la titularidad sino la gestión. De esta forma, mediante la concesión se limitaba la libre actuación privada y se sometía al empresario a un régimen especial de derecho público. Así pues, concesionario interpuesto, control intenso del Estado y prerrogativas frente a terceros son tres elementos definitorios del régimen jurídico de los servicios públicos en esta etapa, que aproximadamente se extiende de mediados del siglo XIX hasta los primeros años del siglo XX”¹².

Por su parte, nos cuenta Zegarra que “El servicio público ha sido punto de referencia en torno al cual ha gravitado el fenómeno más decisivo para la transformación del sistema jurídico a partir de los últimos años del siglo XIX: la intervención del Estado en la economía.

¹² KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. Op. cit., p. 42

Durante el siglo XIX, el rol del Estado era bastante limitado en lo que a la prestación de servicios se refiere. Con la revolución industrial nacen los mercados y la libre iniciativa económica es reconocida como un derecho individual, de ahí que la intervención pública asumiera normalmente un carácter residual (limitado a garantizar las condiciones exteriores para el libre desarrollo de la libertad individual).

No obstante el avance de la ideología liberal, el proceso de crecimiento de los servicios públicos se aceleró, de manera que devino en una actividad de policía. A esta evolución contribuyeron los movimientos socialistas de la época que impulsaron la progresión del Estado Policía (*l'Etat-gendarme*) hacia el Estado prestador de servicios (*l'Etat-providence*); además propiciaron la creación de monopolios a nivel local o municipal en aquellos sectores considerados de interés general”¹³.

Prosigue Zegarra al señalar que “Con el progreso técnico y la primera Revolución Industrial, surgen los primeros servicios públicos de carácter económico que llegan a nuestros días, como son los ferrocarriles, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes por carretera, constituyéndose en nuevas actividades para cuya ordenada prestación no bastaba la vieja acción de la policía, ni tampoco la pura medida de fomento.

Las tensiones entre el liberalismo y el cada vez más fuerte protagonismo del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas van a encontrar una vía de solución en la concesión. **Mecanismo que introducirá la fórmula que hará posible la compatibilidad entre una y otra postura, de manera que, de una parte se entenderá al Estado como titular de dichas actividades y, de otra, que el Estado puede gestionarlos indirectamente a través del concurso de particulares, de manera que lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio.**

De acuerdo con lo señalado, se define el servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, **porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el**

¹³ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima, Perú: Palestra Editores. 2005, pp. 28-35.

desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”¹⁴.

Es por ello que Kresalja nos comenta, en lo que a servicio público se refiere, que “El servicio público es la actividad del Estado encaminada a la consecución de fines de bienestar, no esenciales para el ser del Estado, pero si indispensables o muy importantes para la vida social en un momento histórico dado y su gestión por particulares es perfectamente factible. Cuando se dice que el servicio público no supone el ejercicio de poderes soberanos no quiere decir que la Administración no tenga poderes de imperio tanto sobre el concesionario como sobre los terceros; lo que se quiere decir es que esa actividad no se impone sino se le ofrece; así, el ciudadano utilizará, o no, el ferrocarril, el teléfono, etc. Se trata de una actividad no coactivamente impuesta”¹⁵.

En ese orden de ideas, entendemos que, de acuerdo a lo expresado por Kresalja, las diferencias con el servicio público se encuentran en la finalidad, pues en verdad no se trata de servicios al público y al usuario individualmente considerado, sino de servicios que tienen que ver con la nación y la economía en su conjunto. En otras palabras, un título de intervención particularmente intenso, justificado porque se trata de una actividad indispensable, o muy importante para la vida de la sociedad; y porque no se trata de actividades necesariamente al ser del Estado, como lo son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad, y eso es lo que justifica su asunción por el Estado.

Asimismo, señala Kresalja que “Se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público. De ahí se deriva que un usuario tenga un derecho abstracto a la prestación exigible jurídicamente. **Esto significa que a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro**”¹⁶.

Así pues, y en relación a lo anteriormente expuesto, coincidimos plenamente con la definición de Gaspar Ariño Ortiz, quien señala que “El concepto de servicio

¹⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Op cit, pp. 35-46.

¹⁵ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. Op cit, pp. 46 y 47.

¹⁶ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. Op. cit, p. 48.

público evidentemente no es un concepto colectivo, es un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, incluido el Ejército o la Hacienda; el concepto aparece como todo aquello que dice en relación a los intereses colectivos del Estado y por tanto, algo que se atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contrapone a asuntos privados. El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Ahora bien, ese concepto también tiene otra dimensión: **se trata de actividades destinadas al servicio público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a todos los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella**¹⁷.

Vemos pues, que en dicho contexto, el Estado empieza a mostrar una gran preocupación por los intereses colectivos, y busca además, atender las necesidades sociales de los ciudadanos. Es así que el Estado, en su búsqueda por atender dichas necesidades esenciales de la población, se vale de la figura jurídica de la concesión para que, sin perder la titularidad sobre dichos servicios públicos, pueda ceder la gestión de éstos a los particulares. De esta manera, el servicio público está destinado a satisfacer una necesidad esencial, cuya prestación será garantizada por el Estado, a través de la figura jurídica de la concesión.

1.3 El servicio público en el Perú.

Los Artículos 58° y 73° de la Constitución Política del Estado lo habilitan para poder entregar en concesión tanto servicios públicos como obras públicas de infraestructura y bienes de dominio público.

Artículo 58°.- *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”*.

¹⁷ ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Lima: Ara. 2004, p.552.

Artículo 73°.- “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a Ley, para su aprovechamiento económico”.

Se evidencia de esta manera que, la promoción de la inversión privada en los servicios públicos es una tarea esencial del Estado, debido al déficit de infraestructura básica del país.

Si nos remontamos a la legislación más próxima a la formación de la República encontramos que en determinadas actividades la normativa, de forma general, utiliza la expresión “servicio” para calificar actividades como el alumbrado de gas, los correos y la labor de los hospitales. Tal como señala Zegarra, “Llama nuestra atención además, que tratándose de actividades como el abastecimiento de agua potable, de transporte por ferrocarril o de telégrafo, hasta finales del siglo XIX y en algunos casos ya entrado el siglo XX, nuestra legislación no las consideraba como servicios sino que por lo general se establecía que al particular que se le concedía un “privilegio de explotación”, sin señalarse de forma expresa que dicha concesión implicaba la prestación de servicio al público, sino que ello se daba por supuesto”¹⁸.

Por su parte, Richard Martin Tirado afirma que, “En el Perú no existe una noción unívoca de servicios públicos. En términos conceptuales, la noción de servicios públicos subyace la idea de atender una necesidad esencial. La idea de servicios públicos surge en Francia como un concepto socio político. Se concibe que los servicios públicos sean de titularidad estatal, puesto que constituyen títulos legítimos de intervención estatal en la economía, a través de la declaración de una actividad económica como servicio público. El concepto de servicio público y las bases de su régimen jurídico deben determinarse a partir de nuestra legislación vigente. Así pues, no existe un concepto legal unitario”¹⁹.

Continúa Martin al señalar que “En un principio, toda actividad del Estado era considerada servicio público. Se afirmaron así, 2 concepciones de Servicios Públicos: La primera, de carácter subjetivo, en donde los servicios públicos son prestados

¹⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Op. cit, p. 306.

¹⁹ MARTIN, Richard. *Marco Legal de las Concesiones de Servicios Públicos y de la Obras Públicas de Infraestructura*. Op. cit., p. 28.

necesariamente por una entidad de la Administración Pública. La segunda, de carácter objetivo, en donde los servicios públicos son una prestación económica destinada a la satisfacción de una necesidad esencial”²⁰.

Surgen así, algunas teorías respecto de la naturaleza de los servicios públicos, tales como:

Teoría de la Doctrina Continental o Europea del Servicio Público; la cual señala que el servicio público es una forma de actividad administrativa, de titularidad estatal.

Teoría de la Doctrina Anglosajona; la cual estipula que las “*public utilities*” son actividades económicas privadas, sometidas a una especial regulación estatal, en función a una tutela del interés público.

Teoría de la Doctrina Comunitaria; la cual establece que a partir de una “liberalización” de los servicios públicos, se reconoce una nueva especie de servicios, denominados de “interés económico general”, sujetos a regulación mediante un sistema de agencias administrativas y con un control tarifario de calidad específico.

En ese orden de ideas, Martin indica que “En el Perú, el concepto de servicio público está dado por la “*Publicatio*”. La *Publicatio* es el acto de declaración de una actividad económica como servicio público; realizado mediante Ley (puesto que se trata de una limitación a la libertad de empresa); pero respetando los derechos fundamentales”²¹.

En ese mismo sentido, apunta Zegarra que “Antes de hablar de la expresión servicio público en la legislación, lo que está presente en la legislación peruana es la referencia a otro elemento que forma parte de la caracterización de una actividad como servicio público. Nos referimos al uso primero de la expresión *utilidad* y más tarde de *utilidad pública*. En el primer caso, por ejemplo, un Decreto de 6 de agosto de 1852 señalaba: *Siendo de conocida utilidad, el establecimiento de un telégrafo eléctrico ente*

²⁰ *Ib.*, p. 27.

²¹ *Ib.*, p. 30.

Lima y Callao (...); y en el segundo, el artículo 3° de la Ley de 9 de noviembre de 1893 señalaba: (...) declárese de utilidad pública la construcción de ferrocarriles (...).

En el Perú, la expresión utilidad pública no sirvió, como en el caso de España, como criterio delimitador de la jurisdicción civil de la jurisdicción contencioso administrativa cuando se trataba de contratos de obra pública, no obstante, el legislador peruano comenzó a introducirlo como un elemento que denotaba la finalidad a la que estaba destinada determinada infraestructura, con lo cual se aproxima a la consideración que el destino de la misma era el servicio público”²².

Sin embargo, Martín aclara que “La Publicatio ha sido criticada puesto que se pone en discusión la titularidad estatal de los servicios. Surgen cuestionamientos porque aparece en la doctrina una nueva categoría: los servicios de interés general. Estos servicios de interés general, vienen a ser la nueva categoría jurídica que reemplaza el antiguo concepto de servicio público. De esta manera, los servicios de interés general están sujetos a una intensa regulación de los poderes públicos y al control”²³.

Además, observamos que “La incorporación de la expresión servicio público se da en el ámbito del ejercicio de la función de la Administración, así encontramos un Decreto de 20 de abril de 1864 que disponía abrir un empréstito para “subvenir el servicio público”, una Ley de 13 de Octubre de 1890 creaba plazas de “servicio público” en la Dirección General de Hacienda y en Aduana del Callao y un Decreto de 8 de noviembre de 1894 disponía “Que las urgentes necesidades del servicio público requieren el pago adelantado de algunas contribuciones departamentales”. Esto quiere decir que es en el ámbito de la función pública donde se desarrollaba el servicio público, o que, en otras palabras, era la Administración a través de su personal la encargada de prestar el servicio público”²⁴; tal como nos relata Zegarra.

Concluye Zegarra al especificar que “En el último cuarto del siglo XIX y con la entrada del nuevo siglo, la modernización fue cada vez más creciente por el desarrollo de

²² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Op. cit., p. 308.

²³ MARTÍN, Richard. *Marco Legal de las Concesiones de Servicios Públicos y de la Obras Públicas de Infraestructura*. Op. cit., p. 31.

²⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Op. cit., p. 308.

algunos servicios como el telégrafo y el ferrocarril, respecto de los cuales cabe indicar que fueron nacionalizados y pasaron a la gestión directa por parte de la Administración, cosa que ya sucedía en caso de los correos. La importancia que tiene la “nacionalización” de estos servicios, no será otra que la de introducir otro de los elementos caracterizadores del servicio público como es la titularidad de la actividad por parte del Estado, lo que marcará en el caso de estas actividades, un antes y un después ya que, como veremos, la satisfacción de las necesidades de la población a través de estos servicios pasarán a ser un rasgo característico de la actividad de la Administración”²⁵.

En tal sentido, y en relación a lo anteriormente expuesto, se observa que existe un reconocimiento hacia el Estado respecto a la titularidad de los servicios públicos, aunque ésta ha sido puesta en discusión, pues al fin y al cabo los servicios públicos son actividades económicas, pero que por decisión estatal son declaradas como servicio público. Es así que, se reconoce que existen actividades económicas privadas cuya prestación reviste interés público, por lo que el Estado las somete a una regulación especial (los servicios de interés general).

Aparecen así en la doctrina, tres regímenes de prestación de los servicios públicos:

Gestión Estatal; la cual se da a través de empresas especialmente creadas para la prestación de servicios públicos.

Gestión Mixta; la misma que se da a través de alianzas o uniones estratégicas entre el sector público y el sector privado.

Gestión Privada; la que es realizada por particulares a través de la concesión administrativa, título jurídico otorgado para realizar la prestación de los servicios públicos.

En consecuencia, podría decirse que el concepto de “servicio público” en el Perú se ha desarrollado de la siguiente manera:

²⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Op. cit, p. 310.

El Estado busca y orienta el desarrollo del país, y se interesa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos e infraestructura**. Esto quiere decir que, si bien el Estado promueve y permite la iniciativa privada en la toda la actividad económica del país, tiene un mayor y principal interés en que las áreas mencionadas líneas arriba, entre las que se encuentran la prestación de servicios públicos e infraestructura; sean garantizadas a la población en general; en vista a que la prestación de estos servicios devengará en la provisión de necesidades esenciales de la población, o servicios de interés general; como ha preferido llamar parte de la doctrina nacional.

Asimismo, hemos visto que si bien el Estado permite la participación privada en este tipo de actividades, continua reservándose para sí la titularidad de los bienes de dominio público, los cuales pueden ser concedidos al privado únicamente para su aprovechamiento económico, más no para ostentar la titularidad de los mismos; con lo que, al ser el Estado el titular de dichos bienes, aun cuando la gestión fuera llevada a cabo por los particulares; continuará manteniendo injerencia en la correcta prestación de estos servicios a los cuales los considera esenciales.

Sin embargo, y en relación al presente trabajo de investigación, es evidente que surja la siguiente interrogante: ¿Son los servicios portuarios servicios públicos esenciales, o de interés general para la población?

1.4 Los servicios portuarios y su justificación como servicios públicos.

Hasta inicios de la década de 1990, se rigió en el Perú un modelo que privilegiaba al Estado como gestor del desarrollo económico, lo cual originó la creación de numerosas empresas públicas a través de las cuales el Estado asumió la gestión de los principales sectores productivos del país.

La tendencia conllevó a tener 186 empresas públicas, las que arrojaban cuantiosas pérdidas que suman en los últimos 35 años casi US\$ 29,000 MM, calculados

a valor presente y a tasas de interés internacional. Este monto representa un porcentaje muy importante de nuestra deuda pública externa.

De otro lado, al ejecutar el Estado el derecho al manejo empresarial de las principales actividades productivas y de servicios del país, absorbió la mayor cantidad de recursos de la economía, administró ineficientemente el uso de los mismos, descapitalizó la economía y obstaculizó el exceso del sector privado a los diversos sectores productivos y de servicios nacionales.

Es por ello que se introdujeron con carácter de urgencia reformas estructurales vitales, teniendo en consideración factores determinantes para que crezca sostenidamente la economía, la cual enfrentaba dos grandes desafíos: reducir la pobreza y aumentar el empleo.

En este contexto, es un hecho demostrativo que la única manera de revertir la situación de la pobreza que afecta a casi la mitad de la población y generar expectativas acordes con el crecimiento demográfico, es a través de la inversión privada. Sin ella, el Perú no podrá alcanzar el crecimiento esperado, con lo que su promoción es indispensable.

Por ello, la importancia de los puertos dentro de la economía de un país es un hecho incuestionable, dada la relevancia que a nivel mundial tiene el transporte marítimo, pues en casi todas las economías, el mayor porcentaje del total de las exportaciones e importaciones de bienes se realiza por vía marítima.

El transporte marítimo depende de los puertos para sus operaciones, siendo las instalaciones portuarias los puntos clave que actúan como intercambiadores entre el transporte marítimo y los otros nodos de la cadena logística del transporte. Por tanto, para disponer de un modo de transporte marítimo eficiente, es necesario garantizar un buen funcionamiento de los puertos.

El objetivo básico de un puerto es proporcionar un traslado rápido y seguro, principalmente de mercancías a través de sus instalaciones, de forma que se minimicen los tiempos de espera y se proporcionen los servicios necesarios al mínimo costo posible,

con la finalidad de reducir los costos involucrados en la cadena del comercio internacional.

Es así que, de acuerdo con lo establecido en el primer Plan Nacional de Desarrollo Portuario, elaborado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el año 2005; la política portuaria nacional, es decir, la visión del Estado con relación a sus puertos, fue la de considerarlos como “organizaciones concebidas para prestar servicios al comercio nacional e internacional, **por lo que una mayor eficiencia portuaria debe traducirse en menores costos de distribución, lo que hará las exportaciones más competitivas y las importaciones más baratas en beneficio del comercio, la industria y otras actividades que se desarrollan en las regiones geográficas a las que los puertos del sistema portuario nacional sirven**”²⁶.

Asimismo, continua el Plan Nacional de Desarrollo Portuario con la explicación de la importancia de los puertos, resaltando que “**las actividades portuarias forman parte de la cadena logística del transporte, contribuyendo al desarrollo económico y social nacional, mejorando el nivel de vida de la población**”²⁷. Además, señala que “El Perú ha venido perdiendo su participación relativa en las exportaciones totales en el ámbito mundial, pasando de 0.19% en el año 1980 a solamente 0.11% en el año 1999. En dicho periodo se nota un estancamiento estructural en la exportación de manufacturas, con la consecuente primarización de las exportaciones.

Es por ello que se requiere incrementar la productividad y para ello, el crecimiento debe estar liderado por exportaciones competitivas, para lo cual es indispensable ingresar a los mercados extranjeros; dado que el sector exportador constituye el eje dinamizador de la actividad productiva interna, con incidencia directa en términos de inversiones, tecnología y empleo, así como un importante mecanismo de obtener recursos financieros del exterior en forma autónoma. En consecuencia, queda establecido que **sin infraestructura no hay desarrollo**”²⁸.

²⁶ PERÚ, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. *Plan Nacional de Desarrollo Portuario*. Lima: Diario Oficial “El Peruano”. Separata Especial. 2005, p. 7.

²⁷ *Ib.*, p. 3.

²⁸ *Ib.*, p. 3.

A manera de ilustrar lo señalado por el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y mediante unos ejemplos muy sencillos, explicaremos porque los servicios portuarios sí son servicios públicos, y que además son de gran interés para la sociedad en general y no solo para los agentes del sector; con lo que se evidenciará la necesidad e importancia de que el Estado vele por correcto funcionamiento de dichos servicios, ya sea de manera directa o indirecta.

En el primer ejemplo, vamos a suponer que contamos con un puerto en el Callao, Perú; el cual será denominado puerto “A”; y con un puerto en Valparaíso, Chile, el cual será denominado puerto “B”. Asimismo, consideraremos que dentro del tarifario de ambos puertos, se encuentra la tarifa por concepto de “uso de amarradero”, la cual es una de las tarifas más importantes con la que cuentan los puertos, porque les permite cobrar a las naves por todo el tiempo de estadía en el recinto portuario mientras tienen lugar las operaciones (lo que vendría a ser un pago por concepto de “estacionamiento”).

Así pues, tendremos que la tarifa por uso de amarradero en el puerto A será de US\$ 50 (Cincuenta dólares americanos por hora); mientras que la tarifa por uso de amarradero en el puerto B será de US\$ 150 (Ciento cincuenta dólares americanos por hora).

Continuando con el ejemplo, observamos también que el tiempo promedio que le toma al puerto A descargar los contenedores de la nave es de 10 horas; mientras que el tiempo promedio que le toma al puerto B descargar los contenedores de la nave es de 3 horas; esto considerando que las naves que llegan a ambos puertos cuentan con el mismo tamaño y el mismo número de contenedores.

En ese orden de ideas, y realizando una operación aritmética simple, vemos que el costo de estadía en el puerto que le representa a la nave mientras descarga sus contenedores en el puerto A asciende a US\$ 500 (Quinientos dólares americanos), ya que 50 dólares la hora multiplicado por 10 horas de servicio equivalen a 500 dólares. Ahora bien, si esa misma nave fuera al puerto B, veremos que el costo de estadía en el puerto que le representa a la nave mientras descarga sus contenedores asciende a US\$ 450 (Cuatrocientos cincuenta dólares americanos), ya que 150 dólares la hora multiplicado por 3 horas de servicio equivalen a 450 dólares. Observamos entonces que aun cuando la

tarifa del puerto A por concepto de uso de amarradero es 3 veces menor a la tarifa del puerto B; a la nave le sería más económico – y más eficiente – acudir al puerto B en lugar de acudir al puerto A.

Para efectos del ejemplo, la mayor eficiencia del puerto B sobre el puerto A se puede deber a que el administrador portuario del puerto B ha incurrido en mayores inversiones en infraestructura y equipamiento portuario, espacios para almacenamiento y capacitación de los trabajadores portuarios. Tales inversiones, representan un mayor costo para el administrador portuario, el mismo que es recuperado a través del pago de la tarifa (he ahí el por qué la tarifa del puerto B es más cara que la tarifa del puerto A: el administrador portuario tiene que recuperar lo invertido); y sin embargo, pese a tener una tarifa más cara, sus operaciones portuarias son más baratas y eficientes para el usuario.

En el caso del puerto A, probablemente el administrador portuario no ha realizado grandes inversiones, por lo que no cuenta con infraestructura moderna, ni con equipos necesarios para realizar las operaciones portuarias, o espacios adecuados para el almacenamiento. Al no contar con éstos equipos, tampoco ha gastado en capacitar a sus trabajadores por lo que no se ve obligado a cobrar una mayor tarifa, ya que no necesita recuperar ninguna inversión, pero sin embargo, su ineficiencia se ve reflejada en el mayor tiempo que le toma descargar los contenedores, convirtiendo al puerto A, que en principio parecía más barato, en un puerto más caro que el puerto B.

Hasta este punto, gracias a este sencillo e hipotético ejemplo, hemos observado que una mayor inversión puede permitir en algunos casos, cobrar una mayor tarifa, siempre que ésta se vea reflejada en un servicio más eficiente para los usuarios del puerto. No obstante, quizás aún no haya quedado del todo claro el cómo estos servicios repercuten en la sociedad en general, ya que con el primer ejemplo, los únicos afectados serían los sujetos intervinientes en el sector marítimo – portuario, esto es, el puerto, la nave y el exportador/importador. Con el próximo ejemplo, intentaremos demostrar cómo se afecta al público en general.

Para efectos del segundo ejemplo, sigamos considerando que nos encontramos en el puerto A, esto es, en el puerto ubicado en el Callao, que tiene como tarifa por concepto de uso de amarradero la de US\$ 50 hora; y que éste compite con el puerto B,

ubicado en Valparaíso, y que tiene como tarifa por concepto de uso de amarradero la de US\$ 150 hora.

Pues bien, ahora supongamos que existe una persona, a quien llamaremos Z. Esta persona no tiene ninguna relación con el sector marítimo y/o portuario. Tampoco está al tanto de si el administrador portuario del puerto A es una empresa estatal o una empresa privada. Z es un empresario que se dedica a la comercialización y venta de equipos electrónicos y electrodomésticos. Como todos sabemos, dichos equipos no se producen en nuestro país, por lo que tienen que ser importados de otros países, y como el negocio de Z es vender muchos equipos electrónicos y electrodomésticos, tendrá que recurrir al transporte marítimo, con lo que necesariamente tendrá que recurrir al uso del puerto A.

Como ya vimos en nuestro primer ejemplo, el puerto A tarda 10 horas en descargar los contenedores de una nave, por lo que los costos que paga la nave mientras permanece en el puerto descargando los equipos son de 500 dólares. Por supuesto que es más que evidente que la nave correrá traslado de dichos costos a los dueños de la mercancía, los cuales los verán reflejados en un flete o pasaje más caro. Si los productos de Z están en dicha nave, Z se verá obligado a incluir, dentro de sus costos de operación (compra de equipos en otro país, transporte en la nave, traslado a su establecimiento, etc.), los ineficientes costos portuarios del puerto A, los cuales sumados a los costos que Z ya tenía predeterminados, ocasionarán que el precio de dichos equipos electrónicos y electrodomésticos sean mayores a los que inicialmente se tenían proyectados; con lo que no sólo pierde Z, sino también perdemos nosotros, o cualquier individuo de la sociedad; ya que si queremos comprar un equipo electrónico o electrodoméstico, éstos serán necesariamente un tanto más caros de lo previsto, debido a la ineficiencia reflejada en las operaciones del puerto A.

Por su parte, consideremos ahora, dentro del mismo ejemplo de los puertos A y B; que existen 2 empresarios, uno que vive en Callao y otro que vive en Valparaíso. Ambos se dedican a la producción y comercialización del Pisco en el mercado estadounidense, y para ello, se valen de los puertos de sus jurisdicciones para realizar las exportaciones respectivas. Evidentemente, el empresario chileno tendrá una ventaja competitiva sobre el empresario peruano en la comercialización y venta del Pisco en el

mercado estadounidense; ya que, si asumimos que sus costos de producción y venta fueran similares, los costos portuarios del puerto A, al ser mayores que los costos portuarios del puerto B, terminarían por hacer menos competitivo el producto del empresario peruano, por lo que se verá obligado a vender su producto a un precio mayor que el empresario chileno; hecho que le restará competitividad en el mercado estadounidense.

El ejemplo citado nos permite ver como en dicho supuesto, no sólo perdería el empresario peruano, sino también sus propios empleados que participan en la producción del Pisco al tener menores ingresos por menores ventas; con lo que se demuestra que el hecho de contar con un puerto ineficiente significa que aquellas personas, que son parte de la sociedad y que nada tienen que ver con el sector marítimo/portuario, ven afectada su situación de bienestar.

De esta manera, y de acuerdo a todo lo expresado, somos de la opinión que los servicios portuarios sí tienen incidencia en el interés colectivo y el bienestar que puede generar a los miembros de la sociedad en general, por lo que puede decirse que sí deben considerarse como servicios públicos los cuales deben ser atendidos por el Estado, ya que así se asegurará la satisfacción de una necesidad sin que cada uno de nosotros (ciudadanos) deba encargarse directamente de la misma.

Ahora bien, considerando a los servicios portuarios como servicios públicos, el tema a dilucidar pasa por si dichos servicios deben ser atendidos directamente por el Estado o si deben ser concesionados al inversionista privado.

1.5 La brecha de infraestructura portuaria en el país.

La crisis financiera internacional de los últimos años ha reforzado la importancia de la aplicación de políticas anticíclicas, que permitan reducir los efectos adversos ocasionados en el sector real y financiero; en especial, en los países emergentes. En particular, la expansión del gasto fiscal plantea la oportunidad de desarrollar infraestructura.

De acuerdo con un informe elaborado por la Universidad ESAN, encargado por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN); “La infraestructura genera empleo, mejora la competitividad de un país y la calidad de vida de sus habitantes. El desarrollo de la infraestructura origina externalidades positivas, que permiten a las empresas ser más eficientes, competitivas y contribuir al desarrollo económico; no obstante, lo más resaltante es que estos efectos se prolongan en el mediano y largo plazo. Por ello, muchos especialistas coinciden en que la mejor política económica para combatir el ciclo económico es la inversión en infraestructura. Entonces, se puede considerar que hoy, analizar la capacidad de un país para desarrollar proyectos de infraestructura equivale a analizar su capacidad para enfrentar una crisis”²⁹.

Asimismo, continúa el informe señalado al afirmar que instituciones como El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) “señalan la importancia de la inversión en infraestructura, para lo cual analiza las políticas y medidas necesarias para alcanzar los Objetivos del Milenio, entre los que se encuentran combatir la pobreza y alcanzar un mayor desarrollo. Asimismo, se establece que es necesario un incremento sustancial de la inversión en infraestructura. El informe indica, además, que los países de ingresos bajo y mediano bajo deberían incrementar posiblemente al doble su gasto en infraestructura (incluido la inversión más la operación y el mantenimiento). Esto significa que las naciones de ingresos bajos deberían aumentar sus inversiones en infraestructura de 3,5% a 5% del PBI, mientras que las de ingreso mediano bajo deberían hacerlo de 2,5% a 4% del PBI”³⁰.

En consecuencia, observamos que las necesidades de infraestructura varían en forma dinámica, a fin de sostener una oferta dirigida a un mercado global y continuamente competitivo. En tal sentido, requiere un impulso permanente, así como los mecanismos que promuevan su realización de manera sostenida. Dichos mecanismos, sin dejar de ser rigurosos, deben conducir a la concreción de compromisos de inversión crecientes. De otro lado, la inversión en infraestructura no solo debe ser responsabilidad de los Gobiernos, sino que también debe ser asumida por el sector privado, obviamente con condiciones que resulten atractivas.

²⁹ UNIVERSIDAD ESAN. *Inversión en Infraestructura en el Perú. Impacto y Alternativas*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú. 2010, p. 5.

³⁰ *Ib.*, p. 5 (Parte I).

Según un estudio del Banco Mundial para América Latina, el cual se encuentra citado en el informe preparado para AFIN; “se debe enfatizar en mejorar y extender los servicios de infraestructura, por cuanto dicha focalización o esfuerzo tiene un enorme impacto en el crecimiento económico. Los servicios de infraestructura son un factor crítico para la producción de bienes y servicios, y afectan de manera muy significativa la productividad, los costos y la competitividad de las economías. Por ejemplo, la calidad de las carreteras, los puertos y los sistemas de telecomunicaciones son una determinante clave de los costos logísticos. En América Latina, estos oscilan entre 15% en Chile y 30% en el Perú, mientras que el promedio se sitúa en aproximadamente 9% para los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo (OCDE)”³¹.

Sin embargo, la realidad nos muestra que a pesar de que el Perú consolidó, durante los noventa, su estabilización económica con niveles de inflación de un dígito, los déficit fiscales relativamente bajo control, niveles de reservas internacionales muy apreciables y un reordenamiento del funcionamiento de la economía, tanto el Estado como el sector privado aún siguen trabajando en converger una política que promueva y asegure el crecimiento sostenido, es decir, con tasas de crecimiento elevadas del producto por periodos largos.

Siguiendo con las observaciones del informe citado, tenemos que “El Banco Mundial, para el año 2008, planteó fijar como meta que la inversión en infraestructura sea 4% del PBI. Para los países de América Latina y El Caribe, se estimó que tendrían que invertir entre US\$ 150 mil millones y US\$ 200 mil millones anuales, a fin de reducir sus respectivas brechas de infraestructura y alcanzar una mayor cobertura para la población. También se menciona que debería aumentar la inversión pública, la cual continúa por debajo de 1% del PBI.

Por su parte, de acuerdo con el Instituto Peruano de Economía (IPE), para el Perú, la brecha en infraestructura para el periodo 2008-2018 se estima en US\$ 37,760

³¹ *Ib.*, p. 10.

millones. El sector transporte y el sector eléctrico tiene los déficits más altos con 37% y 22% del total, respectivamente³².

No obstante, y considerando que el citado informe al cual hacemos referencia data del año 2010; consideramos importante actualizar la información en cuanto a la brecha de infraestructura en el país; la misma que como veremos, se ha incrementado en más de 100% en los últimos 3 años; un hecho que claramente demuestra la relevancia del tema y justifica la presente investigación.

De acuerdo con una nota del diario Gestión, “Las inversiones que se necesitan para construir las carreteras, puentes, redes de agua potable y desagüe, puertos, instalaciones para telefonía móvil y fija e Internet, así como plantas eléctricas que requieren las poblaciones a escala nacional entre este y los próximos diez años, suman US\$ 88,000 millones, pero no están incluidas en los planes de obras del Estado.

En consecuencia, ese es el monto de inversiones que se considera ahora es lo que corresponde a la brecha de infraestructura para el periodo 2012-2021, y que fue estimado por investigaciones que han realizado las universidades del Pacífico y ESAN, según informó la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN). En el 2008, ese gremio había estimado que la brecha para proveer de bienes y servicios públicos ascendía a US\$ 37,760 millones – tal como se mencionara líneas arriba –; es decir, que según lo estimado ahora, la falta de inversión ha crecido en más de US\$ 50,000 millones en estos cuatro últimos años. Para cerrar la brecha estimada ahora se tendría que invertir por lo menos un 6% del PBI (es decir, US\$ 11,173 millones por año), estimó el presidente de AFIN, Gonzalo Prialé³³.

En el contexto de post crisis, tanto la inversión privada como la inversión pública, desempeñan un rol importante para lograr una rápida recuperación económica. Sin embargo, en nuestro país, la velocidad y los montos de inversión, específicamente la inversión en infraestructura, están muy por debajo de los requeridos para permitir una adecuada velocidad de crecimiento económico.

³² *Ib.*, p. 14.

³³ GARCÍA, Elías. *Faltan US\$ 88,000 millones para cerrar la brecha de infraestructura*. Lima: Diario Gestión. Jueves 25 de octubre del 2012, p. 12.

Sin embargo, la complicación para invertir en infraestructura no está en la ingeniería técnica que permite construir el puente, el puerto o la refinería. La mayor dificultad está en la ingeniería financiera que se requiere para atraer la inversión que el proyecto necesita; en la creación de modelos de negocios detrás de cada proyecto, que asegure su rentabilidad; y en un marco legal adecuado, que brinde seguridad a los inversionistas de que se respetarán los acuerdos. El problema en América Latina es que ha sido poco exitosa en resolver estas dificultades. “Es por ello que su inversión en infraestructura apenas llega a un monto equivalente a 1,3% del PBI, cuando el mundo está en 2,2%”³⁴; de acuerdo a las cifras que muestra el citado informe.

Finalmente, y en concordancia a lo ya señalado, el informe concluye que “La calidad de infraestructura en el Perú también es otro de los factores que resta competitividad al país. De los 133 países evaluados en el Ranking de Competitividad Global 2009, el Perú se encuentra en el puesto 102 en cuanto a calidad de infraestructura en general. En este sentido, es importante resaltar que la calidad de infraestructura en el ámbito de América Latina es bastante mala (a excepción de Chile que ocupa el lugar 23 del ranking), por lo que compararnos con los países vecinos no sería muy conveniente. Por otro lado, si bien nos encontramos en mejor lugar que algunos de nuestros vecinos en cuanto a calidad de carreteras (Brasil, Colombia) o infraestructura aérea (Argentina), **ocupamos el lugar 126 en cuanto a la calidad de nuestros puertos. Esto último resulta muy relevante para temas comerciales, pues, como se sabe, una buena infraestructura portuaria es clave con respecto a la competitividad comercial.**

La brecha de infraestructura, calculada por el Instituto Peruano de Economía (IPE) en el 2008, representó US\$ 7,375 millones para el caso de la infraestructura vial, mientras que **la brecha ascendió a US\$ 3,600 millones para el caso de infraestructura portuaria.** La brecha en infraestructura aeroportuaria y ferroviaria fue de US\$ 571 y US\$ 2,415 millones, respectivamente”³⁵.

³⁴ UNIVERSIDAD ESAN. *Inversión en Infraestructura en el Perú. Impacto y Alternativas*. Op. cit., p. 5 (Parte I).

³⁵ *Ib.*, p. 13 (Parte II).

Ante esta realidad, queda más que claro que la inversión en infraestructura es necesaria para el desarrollo económico del país y la mejora de la competitividad; más aún, si como nos ha indicado el informe referido líneas arriba, existe una brecha de infraestructura portuaria de varios miles de millones de dólares, razón por la cual nos encontramos en los últimos lugares de los rankings de competitividad, hecho que repercute negativamente en el desarrollo económico del país.

Ante esta situación, nos encontramos entonces frente a ciertos dilemas: 1) Hemos visto que los servicios portuarios si configuran como servicios públicos, en vista que la prestación de estos servicios tienen incidencia en el país y en la sociedad; 2) También hemos observado que es el Estado quien debe velar por el interés colectivo y el bienestar de sus habitantes, y por ello es que se reserva la prestación de ciertos servicios – servicios públicos – los cuales tienen como finalidad asegurar la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella; y finalmente 3) Existe una figura jurídica conocida como la concesión administrativa, que permite al Estado ceder la gestión de los servicios públicos sin perder la titularidad de los mismos y continuar con su poder de control sobre la prestación de aquellos, lo cual devengará en que el Estado asegure la prestación de estos servicios público esenciales, sin tener que gastar dinero del tesoro público, permitiendo que el inversionista privado ingrese a un negocio, al cual en principio no podía, y que le dará beneficios económicos, de forma tal que se active la economía y se genere desarrollo y una situación de bienestar al país.

En tal sentido, ¿cuál vendría a ser la mejor opción para el Estado: administrar el mismo los servicios portuarios; o darlos en concesión al sector privado?

1.6 El rol subsidiario del Estado en la economía.

Respecto a este tema, se ha discutido mucho sobre cuál debería ser el papel del Estado en la economía; tanto así que han surgido opiniones y comentarios tales como que el Estado debe participar activamente como empresario compitiendo con los privados; o que por el contrario debe ser un simple espectador de lo que resuelven las fuerzas del mercado.

Sin embargo, a pesar de las discusiones respecto a este tema, lo cierto es que hemos pasado del Estado intervencionista de los años setenta a uno totalmente ajeno a la marcha económica del país de los años noventa. Luego del copamiento del sector productivo por parte de las empresas públicas creadas durante la dictadura militar, la Constitución de 1979 estableció que la iniciativa privada era libre y se ejercía en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, otorgaba al Estado la facultad de reservarse para sí actividades económicas específicas y además, coordinar con los privados las metas fijadas por la planificación económica.

La Constitución de 1993 por su parte, eliminó dichas prerrogativas del Estado, y además, estableció que éste sólo podía realizar subsidiariamente actividad empresarial siempre que cuente con autorización de una Ley expresa cuando medien razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

De esta manera, hemos pasado de un Estado que si bien privilegiaba la libre iniciativa privada para el desarrollo de las actividades económicas, pero reservándose aquellas que sean de interés general (teoría de los servicios públicos); a un Estado que continua privilegiando la libre iniciativa privada para el desarrollo de las actividades económicas, pero sin embargo, mantiene un rol netamente subsidiario y sólo interviene en caso de interés público y conveniencia nacional (teoría de los servicios públicos) y únicamente mediante una Ley expresa que así lo permita.

Al respecto, hay diversas opiniones en la doctrina, algunas a favor, otras en contra y otras sugiriendo la adopción de un término medio respecto a estas dos posiciones. Así pues, tenemos la opinión de Baldo Kresalja, quien se encuentra a favor de la subsidiariedad del Estado en la economía al sostener que “La economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, y en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla o cuando conductas empresariales falsean las reglas de la libre y leal competencia. En otras palabras, el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos. **Sin embargo, para lograr niveles de vida aceptables, para subsanar fallas**

en el sistema o incorrecciones, el Estado debe intervenir, haciendo uso principalmente de sus armas normativas.

Por ello, si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción. El sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas estatales. Es más, en caso que éstas se crearan, deberán competir en igualdad de condiciones con las privadas, sin privilegio alguno. Éste es el principio de subsidiariedad del que tanto se habla: los ciudadanos deben por su propio esfuerzo e iniciativa realizar todas las actividades económicas, con los límites claro está que el propio ordenamiento señala. Y solo en caso que la actividad privada no estuviera presente o que el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizársele al Estado mediante Ley a intervenir directamente como empresario.

El debate sobre la subsidiariedad ha oscurecido un tema en el cual el Estado sí debe tener una presencia activa, que es el de los servicios públicos económicos esenciales para el logro de un nivel de vida acorde a las necesidades humanas, entendidas en un sentido amplio y moderno. La declaración de una actividad como servicio público varía con los tiempos y con el nivel de desarrollo de una sociedad. Cuando así se hace, el Estado puede asumir brindarla directamente, pero en los tiempos que corren se prefiere que sea concesionada a empresas privadas, de preferencia en régimen de competencia. Nadie pone en tela de juicio el deber del Estado de regular y hacer un seguimiento cercano a esos servicios públicos, y hacerlo de preferencia a través de organismos reguladores ad hoc. Ése es el papel que debería ser enfatizado en nuestro actual estado de desarrollo y, además, por existir en nuestra población tan grandes desigualdades³⁶.

Por su parte, Alfredo Bullard opina en contra de la subsidiariedad del Estado en la economía, al señalar que “Cuando el Estado se dedica a hacer lo que no le corresponde, es decir, actividad empresarial, nos “roba” de cuatro maneras. La primera es porque esas empresas gastan, y si son del Estado terminan gastando nuestros impuestos. La justificación del pago de impuestos no es otra cosa que la satisfacción del bien común

³⁶ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado en la Economía*. Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, pp. 4 y 5.

por medio del desarrollo de las actividades que son propias del Estado. Cuando se gasta en otras cosas, entonces sube la presión tributaria y nos sacan dinero de los bolsillos sin razón. El resultado es que nuestra plata termina pagando los déficits de empresas estatales ineficientes.

La segunda forma de robarnos afecta principalmente a los más pobres. **Si el Estado no puede subir la presión tributaria, entonces cubre los costos de las empresas públicas dejando de gastar en otras cosas que sí le corresponden, como programas de salud, construcción de infraestructura básica, educación, tener un buen Poder Judicial o una policía eficiente y honesta.** La tercera forma es mediante la competencia desleal. Las empresas públicas le quitan ingresos y oportunidades al capital privado. Es como un impuesto que reduce las ganancias a las empresas. Si en una aerolínea nacional volaran pasajeros a Cuzco, es porque dejan de volar en aerolíneas privadas.

La cuarta forma es mediante la corrupción. Como las empresas públicas no tienen propiamente “dueños”, nadie controla a sus funcionarios. El resultado es que en las licitaciones para la compra de insumos y maquinarias se generarán coimas, los trabajadores no se contratarán por ser eficientes sino por apellidarse como el Presidente o como algún ministro. Las utilidades se dilapidarán en fiestas privadas (con vedettes incluidas). Nos robarán (sobre piedras palos) los propios recursos de la empresa. Todo esto en un Estado que se ha proclamado como subsidiario. ¿Se imagina como sería si su rol no fuera subsidiario? Ya no sería un simple carterista que nos saca plata del bolsillo. Sería un robo a mano armada”³⁷.

Finalmente, encontramos la posición de Luis Alva Castro, ex Congresista de la República, quien afirma que “Definitivamente, ambos extremos son perniciosos. Si bien es cierto es mala la presencia de monopolios estatales en actividades de producción y servicios, es igual o más pernicioso convertir monopolios estatales en monopolios u oligopolios privados, frente a los cuales será muy difícil tener mecanismos eficientes de regulación que impidan que prevalezca una situación hegemónica o de dominio

³⁷ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *¿El Estado es Robo! ¿Por qué debe mantenerse el rol subsidiario en la Constitución?* Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, p. 6.

exagerado. Un Estado maniatado, relegado totalmente a una presencia subsidiaria y que no pueda adoptar políticas o prácticas que garanticen que el crecimiento sea compartido más equitativamente, no es el tipo de Estado que deberíamos perseguir. **La privatización es buena si es que con ella se ayuda a que las empresas sean más eficientes, y los consumidores se vean beneficiados con menores precios, lo cual es tremendamente urgente en economías pequeñas y con muchas asimetrías como la del Perú.**

Las leyes del mercado no operan igualmente en países cuyo PBI per cápita es de US\$ 40,000 al año, que en un país como el nuestro en el que apenas este valor es de alrededor de US\$ 2,000. En estas economías es muy difícil que los mercados sean competitivos y, por consiguiente, se tornan en imperfectos y tremendamente asimétricos. Aun si lográramos tener un marco jurídico, económico, social y político estable, ello de por sí no bastaría para generar las inversiones que el país necesita para desarrollarse. El Estado tiene que intervenir conjuntamente con el sector privado como catalizador de ese desarrollo. Y para que esta sea efectiva no puede estar limitada a un rol subsidiario y, menos aún, a que por este papel subsidiario, se le quite la oportunidad de desarrollar y definir un planteamiento estratégico de desarrollo concertado con el sector privado.

Por tal motivo, considero que debe modificarse en este aspecto la Constitución de 1993, eliminando el término “subsidiariedad” y estableciendo que el Estado, contando con autorización legal expresa, esté en capacidad de ejercer actividad empresarial, directa o indirectamente, para promover la economía nacional y suplir la ausencia o insuficiencia del capital privado, con el fin de alcanzar los objetivos que se propone”³⁸.

En relación al rol del Estado en la intervención en actividades económicas correspondiente a los servicios portuarios, el cual es materia del presente trabajo de investigación; se ha dejado en evidencia que los servicios portuarios si representan un interés público y que además son de conveniencia nacional, por lo que sí consideramos que es importante la presencia e intervención del Estado en la prestación y/o control de estos servicios, pudiendo darse de manera directa y/o indirecta.

³⁸ ALVA CASTRO, Luis. *¿Qué papel debe desempeñar el Estado en la economía?* Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, p. 7.

En tal sentido, si bien se respetan y se consideran válidas todas las posiciones; el presente trabajo de investigación coincide con las opiniones expresadas por Kresalja, ya que también somos partidarios de la idea que toda regla tiene su excepción. Como señalo correctamente Kresalja, si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción. En vista a que el Estado busca bienestar general de la población, en caso se tuvieran que subsanar fallas en el sistema o incorrecciones del mercado, el Estado está obligado a intervenir, haciendo uso de sus facultades normativas, para así garantizar niveles de vida aceptables.

Y con esto no se está justificando la actuación empresarial de parte del Estado. La creación de empresas públicas, no es la única herramienta con la que cuenta el Estado para garantizar el bienestar colectivo. El Estado cuenta también con mecanismos jurídicos tales como la concesión administrativa, mediante la cual el Estado puede seguir participando activamente en la prestación y control de servicios públicos esenciales que redundarán en bienestar para la población, sin que esto conlleve en un gasto del tesoro público, y que otros programas que necesariamente deban ser cubiertos por el Estado no sean desatendidos.

En consecuencia, consideramos que la participación del Estado debe ser subsidiaria a la libre iniciativa privada en las actividades económicas; pero dejamos en claro el hecho de que aunque el rol del Estado en la economía sea de carácter subsidiario, esto no significa que el papel del Estado en cuanto a los servicios públicos sea también de carácter subsidiario. Si bien la participación puede ser directa (en caso no se encuentre ningún privado ejerciendo actividad económica); o indirecta (mediante la concesión de ciertas actividades económicas); el Estado deberá tener un papel protagónico y preponderante en cuanto a su intervención para la correcta prestación y control de los servicios públicos esenciales, garantizando así niveles de vida óptimos para toda la población.

1.7 Conclusiones del primer capítulo.

1. La concesión es un acto administrativo. Partimos de esta premisa sobre la base que la idea de concesionar determinado servicio público no nace del consenso y/o acuerdo de voluntades entre la entidad del Estado correspondiente y el particular; sino que nace únicamente de parte del Estado, quien decide entregar en concesión determinado servicio público para que pueda el particular participar de la gestión de dicho servicio, con su correspondiente actividad económica; un hecho que si no fuera por la concesión, no sería posible para el particular; de forma tal que, en virtud a la declaración de la entidad respectiva (del acto administrativo), se produce un efecto jurídico sobre una situación concreta (la entrega en concesión) la cual luego será definida, acordada y materializada a través del respectivo contrato administrativo: el contrato de concesión.

2. La forma más antigua de participación del sector privado en la gestión del servicio público es la figura de la concesión. Si bien en un primer momento el concepto de concesión fue entendido como un acto propio del soberano – del príncipe –; quien otorgaba por medio de ella terrenos de la corona u otros privilegios o gracias en recompensa por servicios prestados a la autoridad por el súbdito beneficiario; más adelante se consolida como la primera forma jurídica de prestación de servicio por los particulares, como concepto paralelo a la “*concessio principis*”, para el uso de bienes demaniales. Cabe resaltar que al día de hoy, la figura jurídica de la concesión ya no contempla la posibilidad de ceder el dominio (facultad de disposición) porque los actos del Estado ya no son los actos del príncipe.

3. Con la caída del Estado absolutista mediante la Revolución Francesa, aparece la figura del Estado de bienestar, y con ella se da la aparición del concepto de “servicio público”, como una suerte de compromiso de reconciliación del Estado con los intereses particulares. De esta manera, el Estado encarnará la razón – el interés general -; y la sociedad en cambio los intereses particulares que en la sociedad burguesa se identifican con la actividad económica. En ese momento histórico, la concesión del servicio público, es decir, su gestión por los particulares, es el único medio que el Estado acepta para satisfacer las crecientes demandas sociales.

4. El concepto de servicio público evidentemente no es un concepto colectivo, es un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, incluido el Ejército o la Hacienda; el concepto aparece como todo aquello que dice en relación a los intereses colectivos del Estado, y por tanto, algo que se atañe personalmente a todos los que integran una nación, algo que se contrapone a asuntos privados. Así pues, el servicio público sucede al servicio del Rey, porque ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Ahora bien, ese concepto también tiene otra dimensión: se trata de actividades destinadas al servicio público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a todos los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella.

5. Aparece en el Estado la preocupación por atender necesidades básicas de la población que influyan en forma definitiva en el bienestar y la salud pública, lo que lleva a la comprobación que su cobertura y calidad son indicadores del nivel de vida de una nación, ya que el acceso masivo a los mismos constituye un factor fundamental en el desarrollo económico y social de cualquier país. En consecuencia, la resultante de esta tensión, ante la urgencia de satisfacer nuevas necesidades públicas (exigencias de la vida de la sociedad) y las concepciones ideológicas imperantes, será la concesión administrativa.

6. En el Perú no existe una noción unívoca de servicios públicos. En términos conceptuales, la noción de servicios públicos subyace la idea de atender una necesidad esencial. La idea de servicios públicos surge en Francia como un concepto político. Se concibe que los servicios públicos sean de titularidad estatal, puesto que constituyen títulos legítimos de intervención estatal en la economía, a través de la declaración de una actividad económica como servicio público. El concepto de servicio público y las bases de su régimen jurídico deben determinarse a partir de nuestra legislación vigente.

7. Aparece en la doctrina una nueva categoría: los servicios de interés general. Estos servicios de interés general, vienen a ser la nueva categoría jurídica que reemplaza el antiguo concepto de servicio público. De esta manera, los servicios de interés general están sujetos a una intensa regulación de los poderes

públicos y al control. Existe pues, un reconocimiento hacia el Estado respecto a la titularidad de los servicios públicos, aunque esta ha sido puesta en discusión, pues al fin y al cabo los servicios públicos son actividades económicas, pero que por decisión estatal son declaradas como servicio público. Es así que se reconoce que existen actividades económicas privadas cuya prestación reviste interés público, por lo que el Estado las somete a una regulación especial (los servicios de interés general).

8. La importancia de los puertos dentro de la economía de un país es un hecho incuestionable dada la relevancia que a nivel mundial tiene el transporte marítimo, pues en casi todas las economías, el mayor porcentaje del total de las exportaciones e importaciones de bienes se realiza por vía marítima. El transporte marítimo depende de los puertos para sus operaciones, siendo las instalaciones portuarias los puntos clave que actúan como intercambiadores de la cadena logística del transporte. Por tanto, para disponer de un modo de transporte marítimo eficiente, es necesario garantizar un buen funcionamiento de los puertos. Así pues, una mayor eficiencia portuaria debe traducirse en menores costos de distribución, lo que hará las exportaciones más competitivas y las importaciones más baratas en beneficio del comercio, la industria y otras actividades que se desarrollan en las regiones geográficas a las que sirven los puertos.

9. La infraestructura genera empleo, mejora la competitividad de un país y la calidad de vida de sus habitantes. El desarrollo de la infraestructura origina externalidades positivas, que permiten a las empresas ser más eficientes, competitivas y contribuir al desarrollo económico; no obstante, lo más resaltante es que estos efectos se prolongan en el mediano y largo plazo. Asimismo, la inversión en infraestructura no solo debe ser responsabilidad de los gobiernos, sino también debe ser asumida por el sector privado, obviamente con condiciones que resulten atractivas; ya que actualmente el Perú ocupa el lugar 126 (de 133) en cuanto a calidad de nuestros puertos. Este tema es muy relevante para los temas comerciales, ya que una buena infraestructura portuaria es clave con respecto a la competitividad comercial.

10. Respecto al rol subsidiario del Estado en la economía, existen opiniones que apoyan tal subsidiariedad; afirmando que en la búsqueda de niveles de vida aceptable y para subsanar fallas en el sistema o incorrecciones, el Estado debe intervenir, haciendo uso principalmente de sus armas normativas. Por su parte, existen también opiniones en contra de la subsidiariedad del Estado en la economía, las mismas que señalan que si el Estado no puede subir la presión tributaria, entonces sube los costos de las empresas públicas dejando de gastar en otras cosas que si le corresponden, como programas de salud, construcción de infraestructura básica, educación, tener un buen Poder Judicial o una policía eficiente y honesta. Finalmente, están quienes mantienen una posición mixta, al establecer que las leyes del mercado no operan igualmente en países cuyo PBI per cápita es de US\$ 40,000 al año, que en un país como el nuestro en el que apenas este valor es de alrededor de US\$ 2,000. En estas economías es muy difícil que los mercados sean competitivos y, por consiguiente, se tornan en imperfectos y tremendamente asimétricos. Aun si lográramos tener un marco jurídico, económico, social y político estable, ello de por sí no bastaría para generar las inversiones que el país necesita para desarrollarse. El Estado tiene que invertir conjuntamente con el sector privado como catalizador de ese desarrollo; y para que esta sea efectiva no puede estar limitada a un rol subsidiario y menos aún, a que por este papel subsidiario, se le quite la oportunidad de desarrollar y definir un planteamiento estratégico de desarrollo concertado con el sector privado.

11. El debate sobre la subsidiariedad ha oscurecido un tema en el cual el Estado sí debe tener una presencia activa, que es el de los servicios públicos económicos esenciales para el logro de un nivel de vida acorde a las necesidades humanas, entendidas en un sentido amplio y moderno. La declaración de una actividad como servicio público varía con los tiempos y el nivel de desarrollo de una sociedad. Cuando así se hace, el Estado puede asumir brindarla directamente, pero en los tiempos que corren se prefiere que sea concesionada a empresas privadas, de preferencia en un régimen de competencia. Nadie pone en tela de juicio el deber del Estado de regular y hacer un seguimiento cercano a esos servicios públicos, y hacerlo de preferencia a través de organismos reguladores ad hoc. Ese es el papel que debería ser enfatizado en nuestro actual estado de desarrollo y, además, por existir en nuestra población tan grandes desigualdades.

CAPÍTULO 2: MARCO INSTITUCIONAL DEL SECTOR PORTUARIO

PERUANO.

2.1 Introducción hacia las Instituciones del sector portuario.

Como en otras industrias consideradas estratégicas para el desarrollo económico, los servicios portuarios han sido típicamente provistos por el sector público. Sin embargo, una serie de cambios tecnológicos y económicos ocurridos durante las tres últimas décadas han cambiado el papel que juegan los puertos en el comercio internacional. El sector público se ha visto obligado a adaptarse a estas nuevas circunstancias, y un número creciente de gobiernos incentivan la provisión privada de infraestructura y servicios portuarios.

Sin embargo, este cambio de estrategia no ha significado un retiro total del sector público de la industria. Las complejidades inherentes a la organización y manejo de los sistemas portuarios, así como la mezcla de bienes públicos y privados producidos en éstos han persuadido a muchos gobiernos que algún grado de intervención estatal es justificable. Por estas razones, aún se pueden encontrar en el mundo entidades del sector público prestando servicios de planeamiento, financiamiento o provisión de infraestructura. Sin embargo, cabe resaltar que la tendencia dominante es el retiro del Estado de la provisión directa de servicios portuarios.

Hasta el año 2003, el Perú no contaba con un marco legal claro que estableciera de manera clara las políticas portuarias públicas que deberían gobernar la actividad portuaria. Tampoco existía claridad con respecto a las funciones que corresponde desempeñar a las autoridades con competencias en este sector: Ministerio de Transportes y Comunicaciones/Dirección General de Transporte Acuático (MTC/DGTA), Autoridad

Portuaria Nacional (APN), Empresa Nacional de Puertos (ENAPU), Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), entre otras.

Si un inversionista privado, sea nacional o extranjero, decidiera ingresar y participar en el sector portuario, será necesario que tenga conocimiento no sólo de que actividad va a realizar, sino también de las instituciones con las cuales se va a relacionar día a día. Así pues, un inversionista diligente, no sólo se ocupará de conocer “las reglas del juego” sino que también procurará conocer a “los demás jugadores”; para de esta manera, tener en claro, que institución se encargará de resguardar sus intereses; o que institución sería aquella que podría fiscalizarlo y/o sancionarlo y bajo que parámetros; o con que institución definirá los lineamientos acerca de la política portuaria a desarrollar en el puerto objeto de concesión.

Es en tal sentido y, considerando que el objeto y finalidad del presente trabajo de investigación es fomentar la promoción de la inversión privada en el sector portuario a través de las concesiones portuarias; observaremos que las principales instituciones que participan en el sector portuario pertenecen al sector público, y veremos cómo es que cada una de ellas cumple un papel determinante para el correcto desarrollo de la figura de la concesión.

En consecuencia, en el presente capítulo buscaremos sumergirnos un poco más en el marco institucional del sector portuario; y para ello es imprescindible, en primer lugar, conocer a las principales entidades que permiten el funcionamiento de la actividad portuaria.

2.2 Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de aquí en adelante MTC por sus siglas, es el órgano rector que define las políticas sectoriales y la normatividad general correspondiente para todas las actividades orientadas al transporte y comunicaciones, y el sistema portuario nacional. La Dirección Nacional de Transporte Acuático (DGTA) es el órgano de línea competente del MTC.

Como su nombre bien lo señala, el MTC es el ente rector del sector transportes a nivel nacional; y en virtud a ello tiene bajo su cargo el planeamiento, control, gestión y fiscalización de todos los medios de transporte utilizados a nivel nacional, entre los cuales destacan los medios terrestre, ferroviario, aeronáutico y acuático. Cabe destacar que dentro del transporte acuático se encuentra comprendido el sector portuario.

Así pues, y en vista a que hasta el año 2003 no existía en nuestra legislación un marco legal específico en cuanto a normativa portuaria, el sector portuario, que estaba incluido dentro del sector acuático, tenía como ente rector al MTC. De esta manera, dentro del organigrama del MTC, está comprendido el sub sector transportes, y dentro de este se encuentra la Dirección General de Transporte Acuático, de aquí en adelante DGTA, la misma que, hasta el año 2003, tenía bajo su cargo las políticas portuarias del Estado Peruano.

Sin embargo, y debido a los cambios que se presentaban a nivel mundial, tanto en la industria portuaria como en el mismo comercio internacional; el Estado Peruano se da cuenta de la real importancia del sector portuario y las implicancias que éste tendría en la economía nacional y el desarrollo del país; al ser los puertos la puerta de entrada del comercio internacional, y que en el sector portuario, 90% de los bienes que ingresan al país lo hacen por la vía marítima, es decir, a través de los puertos; se decide entonces crear un órgano técnico y especializado, el cual cuente con autonomía propia pero que le reporte al Ministro por corresponder al sector, y de esta forma, dar paso a un marco legal que permita tener una mejor gestión a nivel portuaria. Es así como se gesta el nacimiento de la Autoridad Portuaria Nacional, de la cual hablaremos a continuación.

No obstante lo señalado, el hecho que se haya decidido crear un organismo autónomo y especializado en puertos no significa que el MTC haya perdido vigencia y/o importancia en cuanto a la participación en las políticas portuarias del Estado. Si bien esta Autoridad Portuaria Nacional, a la cual hemos hecho referencia y sobre la cual trataremos con mayor detalle a continuación, será la encargada principal de las políticas portuarias del Estado, el MTC, a través del Ministro, continúa al tanto de todos los trabajos y avances en materia portuaria, ya que continúa siendo el órgano rector del sector transportes, dentro del cual están comprendidos los puertos, por lo que, aunque la

Autoridad Portuaria goce de autonomía jurídica y funcional, en la realidad, es como si fuera un órgano más del MTC.

Es preciso destacar que actualmente, la DGTA es un órgano de línea eminentemente técnico encargada de proponer la política relativa al transporte en las vías marítimas, fluviales y lacustres; con excepción de las que la Ley reserva al Ministerio de Defensa, así como lo relacionado a la infraestructura portuaria y vías navegables³⁹.

Asimismo, el MTC cuenta con una Dirección de Concesiones, la misma que cuenta con un Plan de Desarrollo de la Infraestructura de Transporte Público y se orienta a garantizar el mantenimiento y desarrollo de las infraestructuras. Lo que se busca con este programa es entregar al sector privado la ejecución (construcción, mejoramiento y/o rehabilitación) de obras de infraestructura de transporte público y la explotación de dicha infraestructura por un periodo de tiempo determinado. De esta manera, el MTC busca disminuir la presión sobre la caja fiscal por concepto de inversiones, reduciendo la exposición a nuevo endeudamiento y acabar con el problema de la insuficiencia en la asignación de recursos financieros, logrando así integrar zonas de difícil acceso a los principales centros económicos a través del mejoramiento y ampliación de la infraestructura, permitiendo reducir costos de transporte y ampliar los mercados⁴⁰.

En lo que respecta a infraestructura portuaria, el MTC ya ha concesionado, a la fecha, 7 terminales portuarios, los mismos que corresponden a: 1) Puerto de Matarani; 2) Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao; 3) Terminal Portuario de Paita; 4) Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao; 5) Terminal Norte Multipropósito Terminal Portuario del Callao; 6) Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma y 7) Terminal Portuario de Pisco⁴¹.

³⁹ http://www.mtc.gob.pe/portal/transportes/acuatico/s_nosotros/s_nosotros.htm

⁴⁰ http://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/concesiones_transporte.htm

⁴¹ https://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/conces_puertos.htm

En noviembre de 1992, mediante Decreto Ley N° 25882, se incluye a ENAPU en el proceso de privatización de las empresas del Estado. En 1997 se encarga al Comité Especial de Privatización de Puertos (CEPRI Puertos) los procesos de concesión de los puertos públicos. Este programa de concesión contemplaba la entrega al sector privado de los puertos de Paita, Salaverry, Chimbote, Callao, General San Martín, Matarani e Ilo.

El proceso se inició con la convocatoria a la concesión de dos puertos relativamente pequeños: Matarani e Ilo. Ambos fueron licitados en mayo de 1999, y únicamente el primer proceso fue exitoso adjudicándose

Podemos concluir entonces, con que es importante que exista una cabeza que se encargue de conducir y dirigir todo lo concerniente a un tema tan importante como lo es el desarrollo portuario nacional, por lo que es necesario contar con un órgano rector dentro de las instituciones que constituyen el marco legal portuario; misión que viene cumpliendo el MTC, quien, pese a haber delegado la política portuaria a una entidad autónoma, técnica y especializada (Autoridad Portuaria Nacional), mantiene un seguimiento constante y activo que ha venido permitiendo el desarrollo de la política portuaria del país, lo que redundará en beneficio para el interés general de la sociedad.

2.3 Autoridad Portuaria Nacional.

Con fecha 01 de marzo del 2003 se publica la Ley N° 27943 – *Ley del Sistema Portuario Nacional*, en adelante LSPN); y mediante Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, publicado con fecha 04 de febrero del 2004, se aprueba el Reglamento de esta Ley. Estas normas, tienen como finalidad **regular las actividades y servicios en los terminales, infraestructura e instalaciones que conforman el sistema portuario nacional**. De esta manera, la LSPN crea a la Autoridad Portuaria Nacional, en adelante APN, como un organismo público descentralizado encargado de todo el sistema portuario nacional.

La APN, es un organismo público descentralizado encargado del sistema portuario nacional, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del Ministro, con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio, y

la buena pro al Consorcio TISUR. Tras la concesión del puerto de Matarani, el Congreso de la República suspendió la Ley de Puertos Regionales hasta que se apruebe un marco legal para el sector portuario. El Congreso de la República aprobó la Ley No. 27943109, Ley del Sistema Portuario Nacional.

En la actualidad todos los puertos del litoral peruano que son de propiedad del Estado, salvo el de Matarani y el Muelle Sur del Puerto del Callao, se encuentran operados por la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU).

En la actualidad los puertos que se encuentran concesionados son:

Puerto Matarani.

Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao.

Terminal Portuario Paita.

Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao.

Terminal Norte Multipropósito Terminal Portuario del Callao.

Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma.

Terminal Portuario Pisco.

con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, y facultad normativa por delegación del Ministro de Transportes y Comunicaciones⁴².

Asimismo, la APN tiene como finalidad promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, así como facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos⁴³.

⁴² <http://www.apn.gob.pe/web/apn/quienessomos;jsessionid=C5F8F95B6F2F9E700E062913EC60A448>
El 1 de marzo del 2003 fue promulgada la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, cuya finalidad es promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, facilitar el transporte multimodal, modernizar los puertos y desarrollar las cadenas logísticas que existen en los terminales portuarios.

La Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) contempla la creación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) como un organismo público descentralizado encargado del Sistema Portuario Nacional, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del Ministro, con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio, y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera; facultad normativa por delegación del Ministro de Transportes y Comunicaciones.

La APN está encargada del desarrollo del Sistema Portuario Nacional, el fomento de la inversión privada en los puertos y la coordinación de los distintos actores públicos o privados que participan en las actividades y servicios portuarios, su objetivo es establecer y consolidar una sólida comunidad marítimo-portuaria que enlace a todos los agentes del desarrollo marítimo-portuario, estatales y privados con un objetivo común: el fortalecimiento de la competitividad de los puertos nacionales para hacer frente al fenómeno de la globalización y a los retos planteados por la necesidad de desarrollar a plenitud su sector exportador.

⁴³ <http://www.apn.gob.pe/web/apn/quehacemos> La Autoridad Portuaria Nacional tiene atribuciones exclusivas en lo técnico normativo, y otras atribuciones de carácter ejecutivo delegables a las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. Las atribuciones son:

1. Elaborar y proponer al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, compatible con objetivos y estrategias de desarrollo autosostenible.
2. Elaborar y proponer los planes de inversión pública y las convocatorias a la inversión privada en materia de desarrollo portuario.
3. Aprobar y supervisar los expedientes técnicos de las obras de infraestructura portuaria y las especificaciones técnicas de las maquinarias y equipos, que deben incluir medidas efectivas para la protección del medio ambiente y de la comunidad donde se desarrollen.
4. Celebrar con el sector privado los compromisos contractuales que faculta la presente Ley, como resultado de un concurso público, con arreglo a Ley.
5. Promover el establecimiento de actividades comerciales y logísticas en los recintos portuarios.
6. Normar las Zonas de Actividades Logísticas y autorizar las correspondientes a los puertos nacionales.
7. Coordinar la integración de los terminales, infraestructura e instalaciones portuarias de iniciativa privada dentro del Sistema Portuario Nacional y fomentar su desarrollo.
8. Fomentar la actividad portuaria y su modernización permanente. Velar por la prestación universal de los servicios portuarios a través de los puertos de titularidad pública y en el ámbito de su competencia.
9. Establecer las normas técnico-operativas para el desarrollo y la prestación de las actividades y los servicios portuarios acorde con los principios de transparencia y libre competencia.
10. Normar en lo técnico, operativo y administrativo el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo

En consecuencia, podemos observar que la APN es la principal organización dentro del marco legal portuario peruano. En otras palabras, cuando hicimos referencia en el capítulo anterior respecto a la importancia de los servicios portuarios como servicios públicos, y el por qué es obligación del Estado el proveerlos y el asegurar que éstos sean provistos, ya sea de manera directa y/o indirecta; es a través de la APN que el Estado Peruano se ve representado, y es la APN quien asume el papel para todos aquellos asuntos portuarios que son de interés y conveniencia del Estado, entre ellos, los contratos de concesión portuaria – objeto del presente trabajo de investigación.

Asimismo, la APN se encarga también de elaborar el documento técnico denominado “*Plan Nacional de Desarrollo Portuario*”, con base a los planes maestros de cada puerto y a los planes regionales de desarrollo portuario. Este documento desarrolla la estrategia portuaria nacional y tiene como objetivo impulsar, ordenar y coordinar la modernización y sostenibilidad del sistema portuario nacional, en el marco de la política del sector transportes y comunicaciones; y por ello es presentado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para su aprobación por Decreto Supremo.

Este punto es de vital importancia porque la elaboración del referido documento técnico permitirá saber y conocer la política portuaria del Estado Peruano. Tal como hiciéramos mención en el capítulo anterior, los servicios portuarios sí son considerados como servicios públicos por lo que sí le corresponde al Estado velar porque estos sean brindados de manera oportuna y eficiente. También vimos que lo que le convendría más

pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse.

11. Promover y facilitar las concesiones al sector privado en áreas de desarrollo portuario. Velar por el respeto de los derechos de los usuarios intermedios y finales en los puertos del ámbito de su competencia.
12. Fomentar el empleo portuario, su calidad y el logro de una mayor estabilidad como consecuencia de la capacitación hacia la mayor especialización y polifuncionalidad de los trabajadores portuarios.
13. Establecer las normas para mejorar la calidad total del Sistema Portuario Nacional y la seguridad industrial en los puertos, mediante el fomento de la inversión y capacitación general en técnicas de operaciones portuarias y de higiene y seguridad en el trabajo; y la vigilancia del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales en esta materia.
14. Coordinar con las demás autoridades nacionales las acciones pertinentes para garantizar la seguridad general y la lucha contra el contrabando y los tráfico ilegales.
15. Establecer sistemas alternativos de solución de controversias entre operadores y usuarios por materias de libre disposición de las partes.

al Estado es participar de manera indirecta en la prestación de los servicios portuarios, esto es, a través del otorgamiento de concesiones a los particulares para que sean ellos quienes con sus recursos y conocimientos se encarguen de prestar un servicio más eficiente y que beneficie a la población en general; permitiendo al Estado Peruano, a través de la APN, el supervisar y fiscalizar la correcta prestación de éstos servicios. En tal sentido, la APN evalúa e informa anualmente el cumplimiento de las metas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el que a su vez lo remite al Congreso de la República.

Es por ello que, y con la finalidad de cumplir con sus objetivos, la APN posee sus propios recursos para generar sus ingresos financieros; así como también recibe los porcentajes que le corresponde de los ingresos de los recursos provenientes de los compromisos contractuales suscritos con el sector privado; los recursos que le asigne el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con cargo al presupuesto del sector; las tasas e ingresos que le corresponden; y las asignaciones, donaciones, legados u otros aportes por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; tal como se corrobora en la décimo cuarta disposición transitoria y final de la LSPN⁴⁴.

Otro punto de suma importancia en la creación de la APN, y que tiene mucha incidencia con el presente trabajo de investigación, es aquel donde se faculta a la APN a fomentar la inversión privada en el sector portuario, y que para hacerlo podrá valerse de las distintas modalidades contractuales que ofrece nuestro sistema jurídico, entre las cuales destaca el contrato de concesión⁴⁵.

⁴⁴ Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley N° 27943

Disposiciones Transitorias y Finales. (...)

Décimo cuarta.- Autorízase al Poder Ejecutivo a realizar las asignaciones de partidas presupuestales necesarias para el funcionamiento de la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales a partir del año 2003, vía presupuesto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones destinará por lo menos el 5% del presupuesto anual de inversión del Subsector Transportes al Sistema Portuario Nacional.

⁴⁵ Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley 27943

Artículo 10°.- Administración de Infraestructura Portuaria

10.1 Los bienes de Dominio Público, son imprescriptibles, inembargables e inalienables.

10.2 De conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y con arreglo a los procesos y procedimientos establecidos por la Ley aplicable a los bienes del Estado y el fomento de la inversión privada, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones por Decreto Supremo, y en relación con las competencias que la presente Ley otorga a las autoridades portuarias nacionales y regionales, podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en esta Ley; sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de

Así pues, podemos observar que dentro de las principales funciones de la APN, está la delimitar y dar a conocer las políticas portuarias del Estado Peruano, las mismas que son plasmadas en el documento técnico denominado “Plan Nacional de Desarrollo Portuario”; promover la inversión privada en el sector portuario, ya sea participando activamente en los procesos de concesión o de manera directa otorgando autorizaciones de uso de área acuática y/o habilitaciones portuarias y supervisar los expedientes técnicos en lo relativo a las obras de infraestructura portuaria y todo lo relacionado a su implementación.

En suma, esta tesis considera que las fortalezas de la APN radican justamente en ser la organización técnica especializada en el manejo de la política portuaria nacional y en ser el representante del Estado Peruano para la promoción de la inversión privada en el sector portuario. Es así que, el hecho que se haya decidido crear un organismo con autonomía propia para que le reporte directamente al Ministro de Transportes y Comunicaciones no hace más que evidenciar la importancia que tiene el sector portuario para el Estado Peruano; y creemos que la APN, en su calidad de organización especializada y técnica en el sector puertos, debe estar trabajando constantemente en la implementación de las políticas de desarrollo portuario y en su constante renovación y

servicios portuarios que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieren necesariamente para proveer sus servicios.

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

- a) Asociación en Participación.
- b) Contratos de Arrendamiento.
- c) Contratos de Concesión.
- d) Contratos de Riesgo Compartido.
- e) Contratos de Gerencia.
- f) Contratos Societarios; y,
- g) Otras modalidades establecidas en la legislación.

10.4 Se podrá incluir en los compromisos contractuales las diversas modalidades de financiamiento de la inversión consideradas en la legislación vigente, incluyendo la posibilidad de gravar la renta derivada de su aplicación con la finalidad de financiar las inversiones que se ejecuten a través de ellos. Procede ceder los contratos y/o las posiciones contractuales, una vez transcurrido el plazo que establezca el Reglamento, en las condiciones estipuladas en éste, siempre que quien reciba la cesión cumpla con las condiciones que se exigieron para el otorgamiento al primer titular y con acuerdo de la autoridad competente.

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

10.6 Dentro de las modalidades contractuales de uso y disfrute privativo entre el Estado y el sector privado, es nula toda cláusula que estipule formas de reintegro, compensación o retribución por mejoras o programas de inversión realizados a la infraestructura portuaria.

actualización de acuerdo a los cambios que se puedan dar en la industria marítima y portuaria; y así ser un agente que permita que el desarrollo portuario redunde en beneficios para el Estado, los inversionistas privados y la sociedad en general.

2.4 Dirección General de Capitanías y Guardacostas.

La Dirección General de Capitanías y Guardacostas; más conocida como la DICAPI, es la organización que tiene la responsabilidad y el encargo de ser la Autoridad Marítima del Estado Peruano en los temas relativos al sector marítimo portuario. Si bien esta Dirección depende de la Marina de Guerra del Perú, institución que a su vez se encuentra bajo el ámbito del Ministerio de Defensa; es por un mandato legal expreso que la DICAPI se encarga de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, por la protección del medio ambiente acuático, así como también por el control y seguridad de la soberanía nacional⁴⁶.

La DICAPI se encuentra representada por el Director General de Capitanías y Guardacostas, quien es la Autoridad Marítima, Fluvial y Lacustre a nivel nacional, tal como lo establece el Artículo A-010101 del *Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres*, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 028-DE/MGP⁴⁷.

El marco legal que le interesa al presente trabajo de investigación en cuanto a la participación de la DICAPI en los asuntos relativos a los contratos de concesión portuaria tiene que ver con su intervención en tres puntos: 1) El dominio marítimo del Estado que comprende el mar adyacente a sus costas, así como el lecho y subsuelo, hasta la distancia

⁴⁶ Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres – Decreto Supremo N° 028-DE/MGP.

Finalidad.- Es finalidad del Reglamento normar las funciones de control y vigilancia de la autoridad marítima respecto de las actividades que se desarrollan en el ámbito de su competencia, así como normar dichas actividades incluyendo a las personas naturales y jurídicas y el material dedicados a éstas, con el propósito de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables; por la protección del medio ambiente acuático, sus recursos y riquezas; así como el control e interdicción del tráfico ilícito de drogas y de otra actividad ilícita, en el marco de lo dispuesto por la Ley.

⁴⁷ Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres. A-010101.- El Director General de Capitanías y Guardacostas, es la Autoridad Marítima, Fluvial y Lacustre a nivel nacional. Para el ejercicio de sus funciones cuenta con los distritos de Capitanías, Capitanes de Puerto, Puestos de Control de Capitanías y Unidades Guardacostas.

de las 200 millas marinas, medidas desde la línea de base que establece la Ley; 2) La franja ribereña en el litoral marítimo hasta los 50 metros contados a partir de la línea de más alta marea; y 3) todas las naves y artefactos acuáticos que se encuentren en el dominio marítimo, y las de bandera nacional en alta mar o en aguas o puertos de otros países, sin perjuicio del respeto a las leyes internas del Estado local y normas aplicables del derecho internacional⁴⁸.

Este último párrafo es importante porque permite explicar cómo es que una Dirección de la Marina de Guerra del Perú, la DICAPI, que pertenece al sector Defensa y no al sector Transportes y Comunicaciones, tiene gran injerencia en asuntos de índole de transporte marítimo y portuario. Al ser la Marina de Guerra del Perú la institución encargada de velar por la seguridad y soberanía de la defensa nacional en lo que al ámbito acuático (marítimo) se refiere, es comprensible que, siendo ellos quienes custodian el litoral peruano así como también la franja ribereña, tengan participación directa en relación a las concesiones portuarias, ya que todas éstas se ubican dentro de las citadas franjas ribereñas y ocupan parte del dominio acuático nacional, el mismo que por Ley, es custodiado por la Marina de Guerra del Perú.

Asimismo, la legislación vigente le autoriza participar en todos los actos referentes a aquellas naves y artefactos acuáticos que ingresen al dominio marítimo nacional. Al ser los puertos, puntos de acopio donde se desarrolla el intercambio comercial de mercancías, es más que evidente que se producirá el ingreso y salida de naves mercantes del dominio marítimo nacional, las mismas que participan de la cadena del comercio internacional; por lo que en dicho orden de ideas, la Marina de Guerra del

⁴⁸ Reglamento de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.

El ámbito de aplicación del Reglamento lo constituye:

- a) El dominio marítimo del Estado que comprende el mar adyacente a sus costas, así como el lecho y subsuelo, hasta la distancia de las 200 millas marinas, medidas desde las líneas de base que establece la Ley.
- (...)
- d) La franja ribereña en el litoral marítimo hasta los 50 metros contados a partir de la línea de más alta marea y las riberas en los márgenes de los ríos y lagos navegables hasta la más alta crecida ordinaria.
- e) Todas las naves y artefactos acuáticos que se encuentren en el dominio marítimo, ríos y lagos navegables, y las de bandera nacional en alta mar o en aguas o en puertos de otros países, sin perjuicio del respeto a las leyes internas del Estado local y normas aplicables del derecho internacional.

Perú, representada por la DICAPI tiene que participar activamente en este proceso realizando todas aquellas funciones que son de su competencia.

Así pues, ya que nos referimos a las competencias y funciones⁴⁹ de la DICAPI, podemos enumerar aquellas tres más importantes, relativas al tema que estamos tratando en esta investigación: En primer lugar viene a tallar la función de “Policía Marítima”, la cual es importante porque mediante ella la DICAPI brinda seguridad al ejercer un control sobre todas aquellas naves que ingresan, permanecen y salen del dominio marítimo peruano; hecho que es sumamente importante porque los puertos son la puerta de entrada al país y es así que la DICAPI se encarga de saber quiénes ingresan, con que ingresan y como se retiran, resguardando de esta manera el interés nacional.

En segundo lugar, viene a tallar la función de “velar por la seguridad de la vida humana en el mar”; ya que como bien sabemos, tanto en los puertos, como en los buques, como en toda la cadena del comercio internacional, se encuentran trabajando personas en ciertas actividades que pueden ser consideradas un tanto peligrosas. Y en vista a que se tratan trabajos que tienen que ver con el transporte marítimo, pues es natural que sea la autoridad marítima quien se encargue de velar que la realización de dichos trabajos se lleve a cabo de forma segura, siendo responsable que se respeten las normas y convenios internacionales de las diversas entidades e instituciones marítimas.

Finalmente, y en tercer lugar, está la función de “ejercer vigilancia sobre el medio ambiente”, la cual es de gran importancia para el Estado Peruano, y como la autoridad marítima que representa al Estado es la DICAPI, pues es su obligación y

⁴⁹ Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres. A-010501.- Son funciones del Director General:

- (...)
- 8) Ejercer la Policía Marítima en los puertos, en el litoral y en el dominio marítimo hasta las 200 millas, así como en los ríos y lagos navegables.
- 9) Controlar el tráfico acuático, ingreso, permanencia y salida de naves de los puertos hasta las 200 millas, ríos y lagos navegables.
- (...)
- 11) Velar por la seguridad de la vida humana en mar, ríos y lagos navegables.
- (...)
- 15) Ejercer vigilancia del medio ambiente en el ámbito acuático, para prevenir, reducir y eliminar la contaminación, así como todo sobre aquello que pudiera ocasionar perjuicio ecológico, en coordinación con otros sectores de la Administración Pública, cuando corresponda, acorde con la legislación y regulaciones ambientales.

responsabilidad velar por el cuidado del medio ambiente marino, hecho que repercute con el tema que tratamos en este trabajo, en vista que en los puertos se produce el ingreso y salida de muchos barcos mercantes, los cuales son sujetos a sufrir cualquier tipo de incidente que pudiera producir casos de contaminación marina; sin contar también con el hecho que en los puertos multipropósitos se realiza labores de carga y descarga de graneles líquidos, como es el caso del petróleo y sus derivados, lo que podría llevar posibles derrames que dañarían el medio ambiente marino; por lo que es responsabilidad de la autoridad marítima el tomar las medidas respectivas para prevenir que estos hechos ocurran.

En consecuencia, y en virtud a lo expresado; consideramos que el papel que desempeña DICAPI en los procesos de concesión portuaria es sumamente importante y puede ser considerado, además, como un brazo de apoyo a las funciones que realiza la APN, ya que si bien ésta última se encarga de los aspectos técnicos y comerciales relacionados a las políticas portuarias del Estado Peruano; la DICAPI se encarga principalmente del tema de la seguridad de las personas que están involucradas en el negocio marítimo y portuario, así como también de la seguridad de las instalaciones portuarias y del medio ambiente que involucran a éstas.

2.5 Empresa Nacional de Puertos.

La Empresa Nacional de Puertos S.A.; conocida como ENAPU, fue constituida en el año 1970 mediante *Decreto Ley N° 17526* y *Decreto Ley N° 18027*, con personería jurídica de derecho público y autonomía económica. Su objeto social comprendió la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de los puertos de Paita, Eten, Chicama, Salaverry, Chimbote, Supe, Huacho, Chancay, Callao, Cerro Azul, General San Martín, Ilo y Matarani. Asimismo comprendió a los terminales portuarios fluviales de Iquitos, Yurimaguas, Pucallpa (actualmente inoperativo) y Puerto Maldonado. Posteriormente, diversas instalaciones portuarias a cargo de ENAPU han sido

desactivadas o transferidas, debido a la ausencia de operaciones portuarias que justifiquen mantenerlas (Huarmey, Eten, Pacasmayo, Chancay y Cerro Azul)⁵⁰.

En la actualidad, ENAPU sólo administra las siguientes instalaciones portuarias marítimas: Chicama, Salaverry, Chimbote, Supe, Huacho, General San Martín, Ilo y el muelle al servicio del Perú en Arica; y en el ámbito fluvial: Iquitos y Puerto Maldonado.

De esta manera, ENAPU viene a ser el “administrador portuario”; concepto que es utilizado para denominar a la persona jurídica encargada de llevar a cabo la administración y operación del terminal portuario. En otras palabras, es quien se encarga de la gestión del puerto.

En el capítulo anterior, mientras explorábamos los orígenes de la figura jurídica de la concesión, se explicó que los servicios portuarios sí constituyen servicios públicos, y que los servicios públicos deben ser provistos por el Estado, ya sea de manera directa o indirecta. Asimismo, se explicó también que de acuerdo a la realidad nacional, lo más conveniente y sensato para el Estado Peruano es asegurarse que los servicios portuarios sean prestados de manera eficiente y óptima; y que la mejor forma de realizar tal labor es delegando dichas funciones a los particulares, justamente a través de la figura jurídica de la concesión.

Así pues, observamos que en principio, un Estado que cuente con los recursos económicos suficientes para dar abasto a sus necesidades esenciales (educación, salud, defensa, entre otros) no tendría la necesidad de concesionar sus puertos, y podría ser el mismo Estado quien se encargue de brindar los referidos servicios portuarios y comerciales en sus respectivos terminales portuarios, a través de empresas estatales constituidas para tal fin, como es el caso de ENAPU; y dichas empresas estatales, en este caso, la empresa estatal creada para la administración y operación de los puertos plasmaría las políticas portuarias diseñadas por el Estado.

⁵⁰ PERÚ, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. *Plan Nacional de Desarrollo Portuario*. Op. cit., p. 13.

Sin embargo, al no ser ese el caso del Estado Peruano, el cual cuenta con limitados recursos para dar abasto a sus principales necesidades; observamos que sí se encuentra obligado a delegar (en vista al interés general que tienen los servicios portuarios), a través de la concesión, la gestión de sus puertos a los particulares; para que sean éstos últimos quienes se encarguen de prestar los servicios portuarios de manera eficiente y óptima, tal como lo haría el propio Estado (y de ser posible de mejor manera), a cambio de una retribución. **Pues bien, el nombre que se le da al particular que recibe la gestión delegada a través de la concesión para la administración y operación de los puertos; es el de administrador portuario.**

El administrador portuario puede ser una empresa pública o una empresa privada. En el caso de ENAPU, es más que obvio que se trata de una empresa pública, puesto que se trata de una empresa estatal creada exclusivamente para llevar a cabo la administración y operación de los puertos del Estado. Sin embargo, para el tema que nos avoca, el administrador portuario será aquella empresa privada que se adjudique la concesión de algún puerto del Estado. El caso es que, sea público o privado, el administrador portuario es el encargado de la explotación y conservación de la infraestructura portuaria; y salvo algunos puertos que ya han sido concesionados y los trataremos con mayor detalle en el siguiente capítulo; ENAPU es uno de los principales administradores portuarios dentro del sector portuario del país.

No obstante, ENAPU ha encontrado muchas trabas para poder brindar un servicio que sea considerado eficiente u óptimo. Después de más de 20 años (desde 1970 que se creó ENAPU), el modelo de organización portuaria en los puertos comerciales de uso público en el Perú era monopolístico y de total dominio estatal, pues ENAPU se encargaba de la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles comerciales de titularidad pública de la República. A partir de 1991, las operaciones portuarias pasaron a ser prestadas por sector privado y en 1992, mediante el *Decreto Ley N° 25882*, se incluyó a ENAPU dentro de los alcances del *Decreto Legislativo N° 674 – Ley Marco del Proceso de Promoción de la Inversión Privada*, posteriormente suspendida por el Congreso de la República. En este marco, la única

instalación portuaria administrada por ENAPU que se entregó en concesión (1999) fue el Terminal Portuario de Matarani⁵¹.

Aun así, somos de la opinión que la gestión realizada por ENAPU en los últimos años, y antes de reiniciarse el proceso de las concesiones portuarias en el año 2006, ha sido, pese a todo, aprobatoria. Sin embargo, y como toda actividad económica, el objetivo de una empresa debe ser el de maximizar beneficios y generar utilidades. Una empresa no puede quedarse tranquila por el simple hecho de subsistir o aprobar con lo justo. Y eso es lo que ha ocurrido con ENAPU. Si bien es cierto que ha podido administrar y operar con mayor eficiencia, con lo que hubiera generado mayor rentabilidad; se debe considerar que pese a todas las limitaciones a las que se ve afecta, ha podido competir con los principales puertos de la costa oeste sudamericana y ha permitido que el puerto del Callao sea considerado como uno de los más importantes de la región.

Sin embargo, ello no es suficiente. Por tal motivo, el Estado Peruano toma la decisión en el año 2006, de concesionar sus puertos y lo hace dando en concesión el muelle sur del puerto del Callao a la empresa árabe *Dubai Ports World*, quien se convirtió en administrador portuario del citado muelle sur. Esta decisión surge en vista a que el Estado entiende la importancia de los servicios portuarios y que debe ser más competitivo, para lo cual necesita el apoyo del sector privado; y además, porque se desnudan los grandes problemas con los que convivía ENAPU.

Vemos pues, que ENAPU es una institución pública organizada como una sociedad anónima. La propiedad de ésta y 33 empresas con una organización similar es ejercida por el Fondo de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), un holding que representa al Estado en su administración. Así pues, ENAPU no cuenta con autonomía presupuestaria (debe contribuir al logro de la meta fiscal transfiriendo sus utilidades al Tesoro Público), y que sus ejecutivos tienen carácter de servidores públicos (deben rendir cuentas ante la Contraloría General de la República). Cabe mencionar que las políticas de recursos humanos de la empresa están sujetas a controles aún más restrictivos. Su política salarial no es autónoma, ya que FONAFE

⁵¹ PERÚ, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. *Plan Nacional de Desarrollo Portuario*. Op. cit., p. 19.

impone límites al gasto global (la empresa sólo puede decidir cómo asignar el monto aprobado). FONAFE también aprueba el Cuadro de Asignación de Personal, que describe cargos y el número máximo de trabajadores que la empresa puede contratar⁵².

ENAPU también está sujeta a las disposiciones de la *Ley de Ceses Colectivos – Ley N° 27803*, la cual implica que, de existir vacantes no cubiertas en el Cuadro de Asignación de Personal, la empresa está en la obligación de cubrirlas con los trabajadores que fueron despedidos haciendo uso del mecanismo de ceses colectivos. Es decir, la Gerencia no cuenta con autonomía para contratar el personal con las características que requiere. ENAPU también está sujeta a los alcances de la *Ley del Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado – Ley N° 20530*. A diferencia de las empresas privadas (cuyos antiguos trabajadores reciben sus pensiones directamente de los sistemas previsionales público o privado), ENAPU debe sufragar las pensiones de sus ex-servidores. Este monto bordea los S/. 50 millones al año (más del doble de sus utilidades) y representó en 2007 alrededor del 15% de las ventas netas de la empresa⁵³.

En ese orden de ideas, resulta lógico entender por qué ENAPU no ha operado con la eficiencia esperada o con aquella que sí han demostrado otros administradores portuarios. Para empezar, el operador privado cuenta con una mayor cantidad de recursos y además es especialista en su rubro; hecho que no se ha dado en el caso de ENAPU. Pese a ello, y con todas las limitaciones ya señaladas, se ha ingeniado para manejar, relativamente bien el principal puerto del país. Sin embargo, y en vista a que el Estado debe velar por los intereses de la sociedad en general, ha concluido que la opción más eficiente es concesionar los puertos para que sea el inversionista privado quien ingrese como nuevo administrador portuario y preste los referidos servicios con mayor eficiencia, de modo que redunde en beneficio para la sociedad en general.

El rol de ENAPU como administrador portuario de las instalaciones portuarias que no han sido concesionadas al sector privado permanecerá activo, solo que ya no

⁵² DEFILIPPI, Enzo. *Mecanismos de Eficiencia y Fortalecimiento de la Actividad Empresarial del Estado – Sector Portuario*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas, Setiembre 2008, p. 8.

⁵³ DEFILIPPI, Enzo. *Mecanismos de Eficiencia y Fortalecimiento de la Actividad Empresarial del Estado – Sector Portuario*. Op. cit., p. 9.

desempeñará un papel preponderante como lo venía haciendo hasta hace algunos años. Ahora, y como trataremos más adelante en el capítulo 4 de la presente investigación, será tarea del Estado Peruano en conjunto con la APN, el evaluar la conveniencia que ENAPU subsista dentro del sector portuario, o el hecho de evaluar nuevas alternativas, como por ejemplo podría ser el concesionar las infraestructuras portuarias en paquetes (tema que se abordará en el capítulo 4 de la presente investigación), que permitan dar un mejor uso de los recursos fiscales del Estado, los cuales redunden en bienestar para la población en general.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo expresado en los párrafos anteriores, en relación a la gestión aprobatoria de ENAPU, pese a todo; es opinión de la presente investigación que esta entidad sólo debería subsistir en los puertos que aún no han sido concesionados al sector privado; pero que en la medida que se vayan entregando, la empresa estatal debería desaparecer, habida cuenta que 15 años de experiencia concesionaria han enseñado que se pueden obtener mejores resultados sin que le cueste dinero al Estado.

Por eso mismo, no comprendemos el por qué se decidió incluir la figura de la “asociación en participación” en el contrato de concesión del muelle norte del puerto del Callao, en donde, por contrato, se le otorga el 17% de las utilidades a ENAPU por la “aportación de su experiencia y *“know how”*”. Si bien no dudamos del conocimiento que haya podido adquirir en base a todos sus años de experiencia, nos preguntamos qué gran aporte le puede dar a uno de los mejores operadores portuarios del mundo (APM Terminals); y por qué éste, si asume toda la inversión, tiene que compartir parte de los beneficios con la empresa estatal.

ENAPU ayudó, pero ya cumplió su ciclo. Bajo el esquema de concesiones que nos encontramos estudiando, y sobre todo, por el hecho de querer disminuir el gasto fiscal de parte del Estado, los subsidios para ENAPU sólo se justifican para que éste pueda operar aquellos puertos que aún no han sido concesionados; pero dichos ingresos deberían contemplarse al momento de negociarse el canon en los respectivos contratos de concesión, y no bajo la absurda figura de una asociación en participación. Además, deberían ser de índole temporal ya que es necesario que empiecen a explorarse las alternativas para entregar los puertos al sector privado.

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

El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, más conocido como OSITRAN, es un organismo público, descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Tiene como objetivo general regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, 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 del usuario⁵⁴.

De esta forma, se desprende que una de las principales funciones de OSITRAN es la de ser un filtro regulador en las relaciones derivadas entre el Estado Peruano, los inversionistas privados y los usuarios de la infraestructura portuaria; buscando así resguardar los intereses de cada uno de ellos. Tal es así que en los contratos de concesión portuaria, OSITRAN será denominado el Regulador, tal como veremos con mayor detalle en el siguiente capítulo.

Es por ello que, corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes⁵⁵. En otras palabras, y avocándonos

⁵⁴ http://www.ositran.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=1

⁵⁵ Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley 27943

Artículo 21°.- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

21.1 Corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.

Sus funciones y responsabilidades las ejercerá procurando la eficiencia de las actividades y servicios portuarios; las necesarias garantías para los administradores, inversionistas y operadores; y en defensa de los usuarios finales. Para ello incide en la competitividad internacional de los puertos y propende a que los

específicamente al tema de nuestro interés – las concesiones portuarias –; OSITRAN, en su condición de regulador, se encarga de simular la competencia donde no la hay.

Como bien se puede apreciar, el sector portuario es un mercado que tiene altas barreras de acceso. No es tan sencillo como que a un inversionista privado se le ocurra construir y operar un puerto, y que para ello sólo necesite el capital requerido para iniciar tal negocio. Para empezar, y como ya hemos señalado repetidas veces, el sector portuario reviste un interés general para la sociedad, razón por la cual se trata de un servicio tutelado por Estado. Aun cuando se quisiera trabajar sobre la base de un puerto privado para que tenga un uso privado, es necesario solicitar las autorizaciones respectivas al Estado, puesto que todo puerto requiere la utilización de las franjas ribereñas y de las áreas acuáticas, las cuales son propiedad del Estado. Y aun en el caso que el Estado autorizara a algún particular a que pueda tener su propio puerto, esta autorización sería temporal, puesto que de acuerdo a la vigente Ley de puertos, las franjas ribereñas y los usos de áreas acuáticas únicamente se pueden dar por plazos de hasta 30 años.

Así pues, no es para nada sencillo el ingresar a la industria portuaria. Y si finalmente se logra ingresar, el costo de poner en operación todo un puerto requiere cientos de millones de dólares. En tal sentido, es más que obvio que nos encontramos ante una industria que, por un tema de eficiencia económica – y salvo algunas cuantas excepciones – debe operar bajo las reglas de un monopolio natural. Y es ahí donde entra a tallar la importancia de la figura del regulador, que para efectos del presente trabajo viene a ser OSITRAN.

Consecuentemente, dentro de las principales funciones⁵⁶ de OSITRAN se encuentra la de simular la competencia donde no la hay, que para el caso de las

costos y tarifas guarden concordancia y los conceptos se homologuen con los que se cobran internacionalmente en los puertos más modernos y competitivos del mundo.

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

⁵⁶Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo – Ley N° 26917

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 las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

concesiones portuarias será a través de la fijación y supervisión de tarifas para los distintos servicios que se brinden en los respectivos puertos. Como bien sabemos, la tarifa es el principal derecho que tiene el inversionista privado, ya que gracias al cobro de la misma, el particular podrá recuperar los montos invertidos para la óptima prestación del servicio, y además le permitirá obtener un margen, el cual será la ganancia del

-
- b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:
- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.
 - ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.
Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.
- c) Aplicar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que han sido delegadas.
- d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por Ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.
- e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso esta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.
- h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.
- i) Cobrar los derechos, tasas, 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 respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.
- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo requiera.
- k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.
- l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieran surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.
- m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.
- n) Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.
- o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.
- p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

inversionista privado y es el principal motivo por el que éste busca adjudicarse la concesión portuaria.

Es por ello que la intervención de OSITRAN resulta primordial ya que, al tratarse de un monopolio natural, bien podría el inversionista privado cobrar la tarifa que mejor le pareciere, en vista a que no tiene competencia directa, y de esta manera podrían verse vulnerados los derechos de los usuarios de la infraestructura portuaria, con lo que se vulneraría también al propio Estado, ya que el ánimo de éste último fue el de concesionar sus puertos para generar una situación de mejora de la competitividad de la economía y el comercio internacional, lo que a su vez redundará en una situación de mejora de la sociedad en general. Si bien estamos de acuerdo con que el particular obtenga una ganancia por los servicios prestados, dicha ganancia no puede ser a cualquier costo, menos aún del interés general; por lo que será OSITRAN quien se encargue de fijar las tarifas y respetar que éstas sean cumplidas tal como se haya establecido en el respectivo contrato.

Otro punto de suma importancia es aquel que se refiere al índice de servicialidad o calidad del servicio de parte del inversionista privado. OSITRAN no sólo se encargará de regular el tema tarifario, esto es, que las tarifas sean acordes con lo pactado en el contrato o con tarifas similares en otros puertos; sino que también será el responsable de que los servicios portuarios sean prestados de acuerdo a lo esperado y de acuerdo a lo comprometido. La premisa bajo la cual se concesiona es que el particular brinde un servicio de gran calidad, igual o mejor de lo que podría realizar el Estado; razón por la cual el particular se compromete a que el servicio que será prestado se dará en base a ciertas condiciones que permitan obtener un servicio de calidad. Pues bien, en el supuesto que tales servicios no se prestaran de dicha forma, OSITRAN será el encargado de recepcionar los reclamos de los usuarios y exigir al particular que efectúe las mejoras respectivas a fin de que el servicio sea prestado con la mejor calidad posible.

Asimismo, y siguiendo el orden de ideas expresado en el párrafo anterior, hemos podido observar que las principales funciones de OSITRAN tienen que ver con la regulación de las tarifas y la calidad del servicio. Sin embargo, también cuenta con otras

funciones, en su condición de organismo regulador⁵⁷ con las cuales debe cumplir y que son muy importantes para un buen desenvolvimiento del contrato de concesión. Una de ellas es poder sancionar al inversionista privado en caso este no cumpla con lo pactado en el contrato de concesión (tarifas y/o calidad del servicio) aplicando para ello las respectivas penalidades. Asimismo, OSITRAN sirve como una especie de filtro entre el Estado y el inversionista privado, ya sea para llegar a nuevos acuerdos (adendas al contrato de concesión) o para solucionar conflictos (arbitrajes entre las partes); así como también sirve de filtro entre el inversionista privado y los usuarios en general al poner sobre la mesa las reglas de juego bajo las cuales se desarrollarán los respectivos servicios (reglamentos de acceso a la infraestructura entre otros). Finalmente, otra función importante que le corresponde a OSITRAN es la de servir como un agente mediador de controversias que puedan surgir entre la entidad prestadora del servicio concesionado y los usuarios que acceden a dichos servicios; teniendo para ello un Tribunal de Solución de Controversias que se encarga de resolver, como instancia final, las disputas y reclamos que tengan que ver con reclamos sobre las tarifas, calidad del servicio y otras contempladas en los respectivos reglamentos de acceso de las entidades prestadoras.

En consecuencia, vemos que la labor que desempeña OSITRAN dentro de los procesos de las concesiones portuarias es de vital importancia, ya que OSITRAN tiene la responsabilidad de velar por los intereses del Estado, del inversionista privado y de los

⁵⁷ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley N° 27332

Artículo 3°.- Funciones

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

- a) Función Supervisora: Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;
- b) Función Reguladora: Comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) Función Normativa: Comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d) Función Fiscalizadora y Sancionadora: Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e) Función de Solución de Controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos involucrados; y,
- f) Función de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios que Regulan.

usuarios del servicio, durante todo el plazo de la concesión; siendo el principal responsable de mantener el equilibrio en dicha relación contractual.

2.7 Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Perú

La Agencia de Promoción de la Inversión Privada, más conocida como PROINVERSION es un organismo público ejecutor del sector Economía y Finanzas y busca promover la inversión no dependiente del Estado Peruano a cargo de agentes bajo régimen privado, con el fin de impulsar la competitividad del Perú y su desarrollo sostenible para mejorar el bienestar de la población⁵⁸.

Vemos pues que PROINVERSION se trata de un órgano de apoyo directo al inversionista privado, lo que a larga constituye un apoyo indirecto al Estado Peruano, ya que si PROINVERSION lleva a cabo las funciones para las cuales fue creado, permitirá promover inversiones que coadyuven a incrementar el empleo, la competitividad nacional y las exportaciones; logrando de esta manera una situación de bienestar que a beneficiará a la población y en consecuencia, al Estado.

PROINVERSION busca mejorar la calidad y ampliar la cobertura de los servicios públicos y de la infraestructura mediante modalidades que alienten la participación de la inversión no dependiente del Estado Peruano (inversión privada). Para lograr esto, PROINVERSION ofrece sus servicios para la instalación de empresas en el país en tres etapas: Pre-establecimiento, establecimiento y post-establecimiento⁵⁹.

Así pues, vemos que en la etapa de pre-establecimiento, PROINVERSION se encarga de brindar información general y específica al potencial inversionista, tales como datos macroeconómicos, marco legal, régimen tributario, etc. Ya una vez que el potencial inversionista decide instalarse en el país, PROINVERSION ingresa a la segunda etapa que es la de establecimiento, y para ello orienta al inversionista con la obtención de permisos y licencias para la instalación del negocio, y demás trámites que permitan al

⁵⁸ <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandardsinHijos.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=20>

⁵⁹ <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=26>

inversionista asentarse y dedicarse a la gestión del mismo. Finalmente, en la tercera etapa, la de post-establecimiento, PROINVERSION busca ayudar al inversionista a establecer una red de contactos con empresas públicas y/o privadas, así como apoyar con la expansión del negocio.

Asimismo, dentro de las funciones principales de PROINVERSION, se encuentra la de formular, proponer y ejecutar la política nacional de tratamiento de la inversión privada; así como identificar las dificultades, trabas y distorsiones que afecten los procesos de producción e inversión privada; y la de identificar oportunidades de inversión privada y potenciales inversionistas privados y promover su desarrollo.

En el sector portuario, que es el tema de interés del presente trabajo de investigación, veremos que la LSPN establece que corresponde a la APN el fomento de la participación del sector privado, preferentemente a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamientos portuarios, para lo cual cuenta con el apoyo de PROINVERSION. Es por ello que con fecha 10 de marzo del 2005, la APN y PROINVERSION suscribieron un “Convenio Marco de Cooperación”, mediante el cual la APN encarga a PROINVERSION el desarrollo y ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura e instalaciones portuarias de titularidad pública, los que se llevarán a cabo de acuerdo a los planes de promoción, previamente aprobados por la APN a propuesta de PROINVERSION, conforme los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo Portuario⁶⁰.

De esta manera, vemos que si bien el órgano técnico y especializado es la APN, es a través del convenio señalado en el párrafo anterior, que se le solicita, de manera formal, a PROINVERSION que sea éste quien desarrolle y lleve a cabo el proceso de promoción de la inversión privada de infraestructura pública; que para el caso portuario, se trata de conducir los procesos de las concesiones de los principales puertos del país.

Creemos que esto se da porque, si bien la APN es la entidad especialista en el tema de puertos y quien posee un mejor conocimiento técnico del tema; sus esfuerzos de

⁶⁰ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. *Versión Final del Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao*. Lima: Proinversión, 2011, p.10.

deben avocar a desarrollar la mejor política portuaria que redundará en beneficio para el Estado, y en ir adecuándose a los avances del sector y la industria. Si además de ello, le añadiéramos la responsabilidad de vender el producto, así como encontrar a los inversionistas idóneos para la concesión, lo único que se originaría a la larga es que no logre concretar las labores que tiene bajo su cargo. En tal sentido, y tal como lo dice el viejo adagio “*Quien mucho abarca, poco aprieta*”, el Estado ha creído conveniente dejar en manos de la APN los aspectos técnicos de la política portuaria y ha convenido que sea PROINVERSION, una agencia especializada en promover proyectos de inversión privada quien conduzca el proceso de concesión de sus principales puertos.

De esta forma, será PROINVERSION quien con su base de datos y su red de contactos, pueda llegar a los mejores postores con las alternativas de negocio en el sector portuario, y sea además quien se encargue de elaborar las bases del concurso que busque elegir al mejor postor que pueda asumir la gestión del puerto a concesionar.

En consecuencia, y en el orden de ideas expresado, creemos que la participación de PROINVERSION dentro del marco institucional del sector portuario tiene un componente gravitante, ya que será el encargado de atraer importantes capitales privados; no obstante, y hablando estrictamente por el sector portuario, creemos que la labor de PROINVERSION no debería concluir al adjudicarse la buena pro del puerto que se vaya a concesionar, sino que creemos debería continuar apoyando al inversionista aun cuando éste último esté operando el puerto; ya que como hemos visto, la concepción bajo la cual se crea PROINVERSION no es sólo para atraer capitales privados, sino también para conservarlos y apoyarlos para que su buena gestión repercuta en beneficios para la colectividad.

2.8 Conclusiones del segundo capítulo.

1. Existen pues, dentro del marco institucional del sector portuario, 6 entidades y/o instituciones principales, las cuales se encargan de poner a trabajar y funcionar el sistema portuario nacional. Es así que el sector portuario peruano se compone por un ente rector, encargado de definir las políticas sectoriales y la normatividad general del sector, y que sin embargo,

ha entendido la importancia del rubro portuario en el desarrollo económico de un país, razón por la cual decide crear un órgano técnico y especialista en puertos, para que se encargue de diseñar los lineamientos y políticas portuarias más convenientes para el desarrollo nacional, pero que le reporte directamente al ente rector. Asimismo, existen entidades, también especializadas, que contribuyen al desarrollo del sector al avocarse a temas y funciones de su especialidad, permitiendo de esta forma que el Estado cuente con, además de un órgano técnico, instituciones que ven la parte relativa a la seguridad de la vida humana, el medio ambiente y el país; a la gestión del negocio en sí; a custodiar los intereses de todos los agentes involucrados; y a promover y ejecutar políticas que permitan atraer capital e inversionistas calificados que permitan lograr los objetivos trazados por el Estado y redunden en beneficio para la población en general. En suma, vemos la correcta distribución y delegación de instituciones dentro del sector portuario permite al Estado sacar provecho de la figura jurídica de la concesión.

2.El MTC es el órgano rector que define las políticas sectoriales y la normatividad general correspondiente para todas las actividades orientadas al transporte y comunicaciones, y el sistema portuario nacional. La DGTA es el órgano de línea competente del MTC, el cual se encarga de proponer la política relativa al transporte en las vías marítimas, fluviales y lacustres; con excepción de las que la Ley reserva al Ministerio de Defensa, así como lo relacionado a la infraestructura portuaria y las vías navegables. Esto último encuentra fundamento en que el Estado ha comprobado la importancia de los puertos en la economía nacional y por tal motivo decidió crear un órgano autónomo, técnico y especializado en la materia para que sea éste quien se encargue de diseñar y llevar a cabo las políticas portuarias de Estado; pero siendo necesaria la presencia de un órgano rector, ha establecido que dicho órgano especializado en puertos le reporte directamente al MTC, para que éste a su vez reporte al gobierno central.

3.La APN es un órgano técnico y especializado en materia portuaria que tiene como finalidad promover el desarrollo y la competitividad de los puertos. Asimismo, la APN está encargada del desarrollo del Sistema

Portuario Nacional, el fomento de la inversión privada en los puertos y la coordinación de los distintos actores públicos y/o privados que participan en las actividades y servicios portuarios a fin de fortalecer la competitividad de los puertos nacionales para hacer frente al fenómeno de la globalización y a los retos planteados por la necesidad de desarrollar a plenitud el sector exportador. En tal sentido, creemos que la APN debe avocarse estrictamente a su función de entidad técnica y especialista en política portuaria, por lo que debe dedicarse a realizar los estudios necesarios para los diseños de planes maestros de los puertos del Estado y estarlos adecuando a los acontecimientos relevantes dentro del contexto mundial, para así impulsar del desarrollo portuario nacional.

4. En todo aquello que tiene que ver con los temas relacionados al sector marítimo y portuario, la autoridad marítima que representa al Estado Peruano es la DICAPI. Si bien se trata de una división de la Marina de Guerra del Perú, la cual pertenece al sector Defensa y no al de Transportes y Comunicaciones, su participación es de importante relevancia en el sector marítimo portuario ya que cumple con 3 funciones fundamentales: seguridad de la vida humana en el mar; protección del medio ambiente acuático; y control y seguridad de la soberanía nacional. Dado que la ubicación de los puertos se encuentra localizada en las franjas ribereñas del Estado, y ocupan además, parte del dominio marítimo peruano, y sin dejar de lado el hecho que existe un tráfico constante de naves y artefactos navales que ingresan a nuestras aguas jurisdiccionales; recae en la DICAPI la obligación de supervisar y fiscalizar todo lo referido a estos aspectos, ya que en su condición de autoridad marítima y conedores del tema, se encuentran en mejores condiciones de resguardar los intereses del Estado, y coadyuvar al desarrollo del sector. Asimismo, en su condición de entidad experta en el tema marítimo, consideramos que la DICAPI reúne las mejores condiciones para ser la entidad competente en temas relativos al sector marítimo portuario como lo son la apertura y cierre de puertos; estudios de impacto ambiental (referido a la parte marina) para la construcción de infraestructuras portuarias; y autorización de arribos y zarpes de las naves mercantes.

5.El administrador portuario es aquella persona jurídica encargada de llevar la gestión – entiéndase administración y operación – del puerto. ENAPU es el administrador portuario de la mayoría de infraestructuras portuarias del país; y hasta hace 4 años, fue el administrador portuario del principal puerto del Estado: el puerto del Callao. Sin embargo, y en vista a los últimos cambios en la industria portuaria a nivel mundial y la gran relevancia económica adquirida en el desarrollo de las economías, el Estado comprende que debe adaptarse a dichos cambios, por lo que, en aras de conseguir un mejor desarrollo portuario, decide iniciar una política de concesiones portuarias de sus principales puertos, para que éstos pasen a manos de administradores portuarios privados, quienes han demostrado mejor gestión y eficiencia en el cumplimiento de sus funciones. No obstante, no se debe dejar de destacar la labor realizada por ENAPU, quien pese a los grandes inconvenientes (legales) que tenía para el desarrollo de sus operaciones, como lo es el caso del pago de pensiones, se las ingenió para estar considerado como uno de los principales puertos de la costa oeste sudamericana.

6.En opinión del presente trabajo de investigación, el papel que le toca desempeñar a OSITRAN viene a ser el más importante y fundamental dentro de las entidades que conforman el marco legal institucional del sector portuario. Se le denomina “regulador”, sin embargo, sus funciones trascienden más allá, puesto que OSITRAN debe normar, supervisar y fiscalizar – además de regular – el comportamiento del mercado portuario y el cumplimiento de los contratos de concesión. OSITRAN viene a ser un filtro para todos los sujetos que participan en el contrato de concesión: el Estado, los inversionistas privados y los usuarios de la infraestructura; por lo que debe permanecer imparcial y objetivo frente a sus intereses. Es además, quien los acompaña durante todo el plazo de la relación contractual, buscando resguardar los intereses de cada uno, y también haciéndoles cumplir sus obligaciones. Sus principales funciones radican en los temas relativos a las tarifas y la calidad del servicio. OSITRAN busca que el privado cobre las tarifas pactadas en el contrato de concesión y que éstas se adecuen a las tarifas de otros mercados con puertos similares, que permitan hacer del servicio eficiente y competitivo. Asimismo, vela porque la calidad de servicio ofrecida

sea aquella que realmente busco el Estado en un primer momento y que lo llevó a tomar la decisión de concesionar sus puertos, ya que el objetivo final de esta figura jurídica es tener puertos competitivos, con servicios de calidad y bajo tarifas accesibles que permitan aumentar la competitividad del sector exportador con el consecuente desarrollo económico que implica para el país.

7. PROINVERSION es el órgano encargado de impulsar la competitividad del país y su desarrollo sostenible para mejorar el bienestar de la población. Para ello, se encarga de formular, proponer y ejecutar la política nacional de tratamiento de la inversión privada; así como identificar las dificultades, trabas y distorsiones que afecten a éstos; e identificar oportunidades de inversión privada y potenciales inversionistas privados y promover su desarrollo. Si bien a nivel portuario, la entidad encargada de promover el fomento de la participación privada es la APN, ésta última suscribió con PROINVERSION un Convenio Marco de Cooperación para que sea PROINVERSION quien conduzca el desarrollo y ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructuras portuarias; dado que PROINVERSION es la institución experta en vender proyectos de interés y relevancia nacional, y gracias a su experiencia y su base de datos, se encuentra en mejores condiciones de hallar a los inversionistas idóneos para así ofrecer el producto, en este caso, la concesión de un puerto específico.

CAPÍTULO 3: EL CONTRATO DE CONCESIÓN, SU FUNCIONAMIENTO, GESTIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO.

3.1 Introducción al contrato de concesión: Organización portuaria y servicios básicos provistos en un puerto.

El sector portuario ha sufrido importantes transformaciones en las últimas décadas, las cuales han impuesto nuevas condiciones y han requerido la modernización de los puertos para responder al incremento de la competencia internacional a través de mejoras en el desempeño y una oferta de servicios con tarifas adecuadas. Tradicionalmente, la organización de los puertos en América Latina se caracterizaba por una casi exclusiva participación del sector público, el control monopolístico de los mercados de trabajo, un desempeño pobre (en términos de tarifas y tiempos de espera para las naves) y la garantía de sostenibilidad (artificial) del servicio por la presencia de recursos públicos⁶¹.

Es así que, hasta el año 1999, los puertos peruanos estaban participados y operados por el sector público, a través de Enapu, a quien ya mencionamos en el acápite 2.5 del capítulo 2 de la presente investigación. Es precisamente en ese año, que el Estado Peruano decide entregar en concesión a la empresa Santa Sofía Puertos S.A. (Perú), el puerto de Matarani; con lo que se evidencia la intención de parte del gobierno de modernizar y mejorar sus puertos. Luego, y siguiendo con la política de concesiones portuarias, en el año 2006, el Estado Peruano decide concesionar el muelle sur del puerto del Callao al consorcio formado por las empresas P&O Dover Holdings Limited (Reino

⁶¹ ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Grupo de Análisis para el Desarrollo – GRADE. Lima, Marzo 2005, p. 17.

Unido) y Uniport S.A. (Perú); más adelante, en el año 2009 decide otorgar la concesión del puerto de Paita al consorcio formado por las empresas Andino Investment Holding (Perú) y el grupo Mota Engil (Portugal); y en el año 2011, concesiona el muelle norte del puerto del Callao al consorcio formado por las empresas A.P. Moller Terminal (Países Bajos), Callao Port Holding (Países Bajos) y Central Portuaria (Perú); y el puerto de Yurimaguas al consorcio formado por las empresas Construcción y Administración (Perú) e Hidalgo & Hidalgo (Ecuador). Finalmente, en el año 2014, el gobierno decide entregar en concesión el puerto de Pisco al consorcio formado por las empresas Servinoga S.L. (España), Pattac Empreendimentos e Participacoes (Brasil), Tucumán Engenharia e Empreendimentos Ltda. (Brasil) y Fortesolo Servicios Integrados (Brasil).

De esta manera, y sin tener en cuenta la concesión otorgada en el año 2011 al Consorcio Transportadora Callao, la cual es una iniciativa privada de parte de un grupo de empresas que tiene como objetivo la instalación y operación de una faja transportadora hermética que permita el transporte y embarque de los minerales, desde el recinto portuario hasta la bodega de los buques, a través de ésta faja cerrada, con lo que se optimizarán las operaciones y se evitará dañar el medio ambiente; observamos que desde la entrega en concesión del puerto Matarani en el año 1999, el Estado Peruano ha entregado en concesión seis (6) terminales portuarios al sector privado.

Decimos que no tenemos en cuenta la concesión otorgada al Consorcio Transportadora Callao, porque dicha concesión, si bien tiene un contrato muy parecido a los celebrados en las demás concesiones referidas, no tiene los alcances que persigue el presente trabajo de investigación: Dicha concesión no tiene como objeto operar un terminal portuario, sino solamente realizar una única operación que es el embarque de los minerales de las empresas que conforman el consorcio para sus respectivas exportaciones. En tal sentido, y en vista a que las concesiones sobre las cuales trataremos más adelante tienen que ver no sólo con la administración y operación de los terminales portuarios, sino también con la aplicación de la figura jurídica de la concesión (que hemos explicado en el capítulo 1), tanto para el Estado Peruano, los inversionistas privados, los usuarios del servicio y los demás agentes intervinientes; consideramos no conveniente incluir dicha concesión dentro de los alcances de la presente investigación.

Por otro lado, llama nuestra atención la notoria participación de inversionistas privados extranjeros dentro de las concesiones portuarias otorgadas por el Estado. Así pues, salvo por la concesión otorgada en el puerto de Matarani a una empresa peruana; en todos los demás casos, observamos el hecho que los postores quienes se adjudicaron las respectivas concesiones lo hicieron a través de la formación de consorcios; y en donde en casi todos los casos, a excepción de la última concesión otorgada en el puerto de Pisco, todos los consorcios estuvieron conformados por una empresa peruana y una o más empresas extranjeras.

Es así que apreciamos que empresas de Reino Unido, Portugal, Países Bajos, Ecuador, España y Brasil, además de las peruanas ya mencionadas, han buscado, a través de la concesión, poder llevar a cabo la administración y operación de los distintos puertos que fueron puestos en concurso. Podríamos inferir también, en base a una primera impresión, que la política portuaria del gobierno pasa por el hecho de proteger la soberanía nacional⁶² y así exigir que dentro de los postores se encuentre presente una empresa peruana; así como también, lograr que los operadores portuarios más calificados puedan acceder a la administración y operación de los puertos nacionales y así llevar a cabo una gestión más eficiente. Trataremos de ir despejando todas estas dudas a lo largo del presente capítulo.

Sin embargo, debemos recalcar que no es objeto del presente trabajo de investigación el realizar un análisis exegético de cada uno de los seis contratos de concesión suscritos entre el Estado Peruano y sus respectivos concesionarios, ya que ello no tomaría un capítulo, sino todo un trabajo de investigación; además que uno de los objetivos perseguidos por esta tesis no pasa por analizar y comparar contratos, sino poder **apreciar que en ellos y entre ellos se esté respetando y se esté utilizando la figura de la concesión tal como fue concebida** y de forma más eficiente, de manera tal que redunde en beneficio para todos los agentes involucrados, que a fin de cuentas **es lo que**

⁶² Respecto a ello, debemos señalar que, con incidencia en el puerto del Callao, para el Estado Peruano es muy importante el binomio “Concesión de puertos – Soberanía Nacional”, habida cuenta que la Base Naval del Callao, principal recinto de nuestra Marina de Guerra del Perú se encuentra adyacente al puerto del Callao, con lo que, es entendible el hecho que el Estado tome todas las precauciones al momento de elegir a la sociedad concesionaria que llevará a cabo la gestión del puerto concesionado, dado que, sin importar las capacidades técnicas y financieras, también tendrá un componente especial la nacionalidad de aquella sociedad concesionaria que se hiciera con la concesión, puesto que podría tener acceso y conocimiento a un punto estratégico de defensa nacional, como lo es la Base Naval.

busca una tesis de derecho: que el estudiante de derecho sea capaz de otorgar algún beneficio a la comunidad mediante la aplicación y correcto uso de una figura jurídica.

En tal sentido, y con la finalidad de no salir de la esfera de la presente investigación, hemos considerado oportuno realizar en este capítulo un detallado análisis de dos de los seis contratos de concesión: el contrato de concesión del puerto de Matarani y el contrato de concesión del muelle sur del puerto del Callao. Queremos dejar en claro que hemos elegido estos dos puertos porque, para empezar, son las concesiones portuarias con mayor antigüedad, habida cuenta que la concesión del puerto de Matarani se llevó a cabo en 1999, esto es, hace 16 años; mientras que la concesión del muelle sur del puerto del Callao se llevó a cabo en el año 2006, esto es, hace 9 años; plazos más que justos y necesarios para poder llevar a cabo una evaluación sobre las ventajas y/o desventajas de la aplicación de la concesión en los referidos puertos. Realizar la evaluación en los cuatro puertos restantes, sería un tanto prematura y no tan efectiva para efectos del presente trabajo.

Otro punto que justifica el haber elegido las referidas concesiones portuarias para que sean objeto del respectivo análisis es el hecho que la concesión del puerto de Matarani fue la primera concesión portuaria en el país y marca un antes y un después respecto a la conducta del gobierno en relación a la entrega en concesión de las infraestructuras portuarias; mientras que en el caso del muelle sur en el puerto del Callao, se abre paso para que un operador portuario de renombre internacional (Dubái Ports) recale en nuestras costas para operar uno de los terminales del principal puerto del país, sumado al hecho que dicha concesión se llevó a cabo 7 años después de la primera concesión portuaria (Matarani) y significó cambios en el esquema contractual que se han tomado como referencia en los futuros – y últimos – contratos de concesión portuaria.

Finalmente, otro punto que nos llevó a decantarnos por realizar un análisis entre éstas dos concesiones portuarias fue el hecho que, además de ser las primeras concesiones, tienen las características de ser también las primeras en sus rubros: la primera concesión portuaria respecto a infraestructura portuaria existente (Matarani) y la primera concesión portuaria respecto a infraestructura portuaria nueva (Muelle Sur – Callao).

Por tanto, y en virtud a lo expuesto anteriormente, pasaremos a realizar un análisis de los contratos, sin embargo, es nuestra intención dejar en claro, de manera previa, dos aspectos que consideramos importantes: Al analizar los respectivos contratos, estaremos efectuando una descripción a manera de resumen ejecutivo respecto del contenido de los mismos, y si bien serán discutidos y repasados los aspectos más relevantes, buscaremos incidir en las principales obligaciones de ambas partes, el concedente (Estado) y concesionario (privado); de forma tal que podamos apreciar y distinguir en cuanto a qué se obligan las partes, y para ello, será necesario remitirnos a aspectos que van más allá de la gestión del puerto y al cobro de la contraprestación por los servicios brindados: necesitamos entender cómo funciona la gestión portuaria.

Para ello, introduciremos de manera muy breve, dos conceptos que el lector debe necesariamente conocer para poder comprender aún más la operativa de las concesiones portuarias: Con la finalidad de entender cómo se estructuran (diseñan) las concesiones y como pueden alcanzar el éxito (que tanto el gobierno como el privado desean), es necesario tener en claro dos aspectos: 1) El primero tiene que ver en cómo es que se organizan los puertos; y 2) El segundo tiene que ver con cuáles son los servicios esenciales se brindan en el puerto. De esta forma, podremos comprender si los contratos de concesión que analizaremos más adelante estuvieron bien diseñados y si la concesión es la figura jurídica apropiada para regular los servicios esenciales o básicos que deben ser brindados al interior de un puerto.

Pues bien, la introducción de la participación privada en los puertos puede llevarse a cabo de diferentes formas, las cuales se definen por elementos tales como el modelo de organización (*landlord, tool o service*), el tipo de competencia (interportuaria, intraportuaria o intraterminal), el número de operadores (mono-operador o multi-operador), la herramienta empleada para la reforma (un espectro que va desde un contrato de administración hasta la venta de activos) y el mecanismo de selección del operador, entre otros⁶³.

⁶³ ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Op. cit., p. 25.

El modelo de concesión incorpora diferentes objetivos de acuerdo con las prioridades establecidas por el gobierno, aunque **el más importante de todos debería ser el incremento de la eficiencia en la prestación de los servicios y la reducción de costos para los usuarios.** El diseño de un modelo de concesión adecuado es un punto central para la participación del sector privado en un proyecto de infraestructura. Un elemento relevante es la definición de incentivos creíbles para asegurar que el operador privado actúe eficientemente y en beneficio del país⁶⁴.

La interacción de los numerosos agentes y múltiples servicios que se requieren para el funcionamiento de un puerto genera cierto grado de complejidad en el sector portuario. Por ello, la organización que asume un puerto determina, hasta cierto punto, que tan eficientemente cumple este con su finalidad. **La estructura socioeconómica e institucional de un país, la ubicación del puerto y los tipos de carga que atiende, entre otros factores, influyen sobre la forma en que este se estructura y administra.** Como resultado de ello, existen diversas maneras de organizar un puerto, las cuales se pueden categorizar en tres modelos básicos: 1) *Landlord*, 2) *Tool* y 3) *Service*. Estos modelos se distinguen por características tales como: 1) Propiedad de la infraestructura, superestructura y el equipo; 2) Explotación de los activos y la provisión pública, privada o mixta de los servicios; y 3) Administración del puerto y situación de los trabajadores; y orientación local, regional o global.

En un puerto organizado bajo el modelo *service*, la autoridad portuaria es responsable del puerto como conjunto y se encarga de ofrecer servicios necesarios para su funcionamiento. De esta manera, es propietaria de la infraestructura, superestructura y equipo, y se encarga directamente de contratar al personal necesario y de la provisión de los servicios relacionados con el manejo de la carga. La autoridad portuaria puede ser tanto privada como pública (aunque esto último parece ser más frecuente).

La principal ventaja de un puerto organizado de esta manera es su posibilidad de ofrecer de forma integrada los servicios, lo cual podría redundar en menores tarifas para los usuarios; sin embargo, tiene la desventaja de que la competencia en el mercado podría reducirse significativamente o ser prácticamente nula, lo cual sería una fuente

⁶⁴ *Ib.*, p. 25.

potencial de ineficiencia. Cabe mencionar, sin embargo, que existen alternativas para la generación de competencia en un esquema como este, tales como un mecanismo de competencia por el mercado y el fomento de competencia con otros puertos o entre medios de transporte⁶⁵.

Esto significa que, imaginando que el puerto del Callao fuera un puerto organizado bajo el modelo de *service port*, el dueño del puerto sería el Estado Peruano, quien a su vez delegaría su política portuaria en la APN. Ésta última, si bien se encarga de diseñar las políticas portuarias del Estado, no se encarga de la administración y operación de los mismos, por lo que delegaría la gestión a la empresa de puertos del Estado, esto es, a Enapu; por lo que en conclusión la titularidad, dominio y gestión del puerto recaería completamente en el Estado Peruano, a través de estas dos entidades. El resultado sería totalmente opuesto a aquel que busca satisfacer la presente investigación: El Estado se vería obligado a invertir los escasos recursos con los que cuenta para administrar y operar el puerto del Callao, cuando entregándolo en concesión, le encomendaría la gestión del puerto a un operador con mayor preparación y que asumiría, bajo su cuenta y riesgo, los costos e inversiones necesarias para funcionamiento del mismo.

En el modelo de puerto *tool*, la autoridad portuaria es propietaria, desarrolla y mantiene la infraestructura, superestructura y equipo. El personal de esta entidad usualmente opera dichos activos (lo cual incluye el equipo para el manipuleo de la carga, como grúas o elevadores). Sin embargo, la provisión de los servicios relacionados al manejo de la carga (en cubierta y en el muelle) la realizan los operadores, los cuales cuentan con licencias o concesiones de la autoridad portuaria y alquilan activos a ésta.

En general, la autoridad portuaria es pública y los operadores son firmas privadas. Una de las ventajas de este modelo es la introducción de competencia mediante la presencia de diferentes operadores. El principal problema de este esquema es la división de las responsabilidades operativas, que pueden derivar en falta de coordinación

⁶⁵ *Ib.*, p. 26.

y conflictos entre los operadores y la autoridad portuaria; además, existe una tendencia de los operadores a ser empresas pequeñas sin mucha inversión en activos⁶⁶.

En el Perú, hasta antes de la entrada de las concesiones portuarias, éste fue el modelo que se utilizó para la organización de los puertos⁶⁷, y que aún se continúa utilizando en algunos puertos del litoral; tales como el puerto de Salaverry en La Libertad, Chimbote en Ancash e Ilo en Moquegua.

En el modelo de puerto *landlord*, la propiedad de la infraestructura (incluyendo la tierra y los accesos al puerto) y su administración recaen sobre la autoridad portuaria, que adquiere también una función regulatoria. Lo más frecuente es una autoridad portuaria pública. La infraestructura se entrega en concesión a compañías privadas (generalmente a largo plazo), las cuales se encargan del desarrollo y mantenimiento de la superestructura y equipos (son propietarias de ellos), así como de la contratación del personal en el puerto.

En este esquema, el conjunto de servicios portuarios para el manejo de carga es provisto por empresas privadas en competencia. La participación de mercado de cada uno de estos proveedores de servicios debería ser suficiente para que ocurran inversiones en la superestructura y equipo. En ese sentido, uno de los riesgos de este modelo es la realización de muchas inversiones que generen un exceso de capacidad debido a la presencia de varios operadores en el mercado⁶⁸.

⁶⁶ *Ib.*, p. 27.

⁶⁷ Hasta antes de la entrega en concesión al consorcio APM Terminals en el año 2011, el principal puerto del país (Callao), el cual era administrado por Enapu, que como bien sabemos es la empresa estatal encargada de la administración y operación de los puertos, se regía bajo la organización *tool port*, la cual consistía en que la titularidad y dominio del puerto eran del Estado (a través de la APN y Enapu) pero la provisión de servicios se brindaba en libre competencia; con lo que, distintos operadores portuarios privados podían acceder al terminal portuario a brindar servicios básicos, tales como la estiba y desestiba de la carga, agenciamiento marítimo a las naves, remolcaje y practicaje, entre otros; con lo cual, Enapu sólo se encarga de parte de los servicios y los privados del resto. Esto permitía no tener que asumir todos los costos de las inversiones, sino compartirlos con los privados, quienes además brindaban un mejor servicio.

⁶⁸ ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Op. cit., p. 28.

Se puede decir que este es el modelo que se busca implementar con el otorgamiento de las concesiones⁶⁹. Así pues, hemos podido apreciar la manera de acuerdo como se organizan los puertos hoy en día y hemos comprobado cómo es que estos cambios se ajustan a las políticas que persigue el gobierno a través de las concesiones portuarias. Ahora, y antes de entrar en detalle con el análisis de los contratos de concesión, explicaremos brevemente el concepto y la función de los servicios portuarios básicos, que son aquellos que se entregan con la concesión.

En los párrafos precedentes, para explicar el funcionamiento del modelo *landlord port*, señalamos que una vez que se efectuó la concesión del puerto del Callao (muelle norte), si bien el puerto está concesionado, sigue siendo de titularidad estatal (que es ejercida a través de la APN), sin embargo, señalamos también que tanto Enapu como los demás operadores portuarios privados que brindaban servicios en el puerto se retiran del mismo, una vez que la empresa concesionaria asume el control y la gestión puerto.

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿qué queremos decir con esto al señalar que “se retiran”? La respuesta es bastante sencilla: En virtud a la concesión otorgada por el Estado Peruano, se concede el derecho a la empresa concesionaria para que ésta pueda prestar, de manera exclusiva, los servicios esenciales básicos que deben brindarse en un terminal portuario. Respecto a esto, surgen las interrogantes: ¿Qué y cuáles son los servicios esenciales básicos?

Sin perjuicio que más adelante analizaremos las definiciones expresadas en los respectivos contratos de concesión, podemos decir que las actividades que se llevan a cabo en este ámbito pueden clasificarse en dos tipos: servicios a la nave y servicios a la carga. Entre los servicios ofrecidos a la nave se incluyen los siguientes: 1) Ayudas a la

⁶⁹ Continuando con lo expuesto para describir el modelo *tool port*, tomaremos como referencia al puerto del Callao (muelle norte) antes de su entrega en concesión al consorcio APM Terminals en el año 2011. El puerto, como hemos explicado, desarrollaba sus funciones bajo el modelo *tool*; sin embargo, una vez adjudicada la concesión, si bien el Estado conserva la titularidad del puerto (a través de la APN), el dominio y los servicios pasan a ser brindados por un único operador, esto es, la empresa APM Terminals, con lo que la competencia que podía existir entre los distintos operadores portuarios que participaban de la gestión del puerto conjuntamente con Enapu desaparece en virtud a la figura jurídica de la concesión, con lo que se retiran los operadores portuarios, se retira Enapu e ingresa el concesionario para ser él quien brinde todos los servicios esenciales o básicos que deben darse en un puerto, bajo la premisa que este concesionario lo hará de forma más eficiente que Enapu y los operadores portuarios previos; hecho que a fin de cuentas, es lo que se busca lograr mediante la concesión.

navegación (faros, luces, boyas); 2) Practicaje (que consiste en la maniobra que se realiza para atracar una nave desde la rada del puerto hasta el costado del muelle); 3) Remolcaje (que consiste en el servicio de asistencia a las naves durante las operaciones portuarias); 4) Amarre y desamarre (colocación de líneas en los postes del terminal portuario cuando se realizan las operaciones de atraque de las naves); 5) Uso de amarradero (y/o de una sección de la longitud del muelle); y 6) Agenciamiento (que comprende la coordinación y los servicios administrativos realizados en la recepción y despacho de naves)⁷⁰.

Por su parte, entre los servicios que se presta a la carga, encontramos los siguientes: 1) Uso de muelle (que consiste en la utilización de la infraestructura para trasladar la carga por el muelle hasta el costado de la nave); 2) Estiba (es decir, los costos del personal y equipos que se utilizan en el manipuleo de cargas para el embarque o desembarque, tanto en el muelle como en la nave); 3) La transferencia o manipuleo (que consiste en el movimiento de la carga desde el costado de la nave en el muelle hasta las áreas de almacenamiento; y 4) La consolidación / desconsolidación (es decir, el llenado y vaciado de los contenedores)⁷¹.

Vemos pues, que cuando nos referimos a los servicios básicos que debe haber en un puerto, estamos haciendo referencia a 6 servicios a la nave y 4 servicios a la carga. En el Perú, la regulación de esta industria incide básicamente sobre las tarifas⁷². Veremos también que, aunque la doctrina portuaria nos dice que muchas concesiones entregan la totalidad de los servicios antes descritos al concesionario, en el Perú, y en los contratos que a continuación analizaremos, se hace especial énfasis a dos servicios a la nave (uso de amarradero y amarre / desamarre) y a dos servicios a la carga (uso de muelle y la estiba); los cuales son entregados de forma exclusiva al concesionario y sirven de sustento para recuperar las cuantiosas inversiones que deben realizar. Los demás servicios, son prestados en libre competencia.

3.2 Contrato de concesión del puerto de Matarani: TISUR.

⁷⁰ ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Op. cit., p. 12.

⁷¹ *Ib.*, p. 13.

⁷² *Ib.*, p. 14.

3.2.1 Antecedentes.

Con fecha 17 de agosto de 1999, el Estado Peruano, debidamente representado por el MTC, celebró el Contrato de Concesión para la construcción, conservación y explotación del Terminal Portuario de Matarani con la empresa constituida para tales efectos, el Terminal Internacional del Sur S.A., en adelante TISUR. Cabe mencionar que para que pudiera ser factible dicha concesión, el gobierno, mediante Decreto Legislativo N° 674 del 25 de setiembre de 1991, declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado⁷³.

3.2.2 Definiciones y aclaraciones.

Dentro de los distintos conceptos que se encuentran detallados en las definiciones, encontramos algunos que nos llaman la atención como “aprovechamiento económico”; “canon”; “concesión”; “contrato de operación”; “criterios de calidad y de operación”, “fideicomiso” y “licencia de operación”. Son pues, siete conceptos que llaman nuestra atención porque, el hecho que se encuentren en la cláusula de las definiciones significa que van a ser utilizados frecuentemente a lo largo del contrato, por lo que se busca darles un criterio uniforme para que puedan ser interpretados de la misma manera cuando se haga alusión a ellos, razón por la cual serán objeto de análisis cuando corresponda.

En cuanto al tema de la titularidad en las concesiones, es importante rescatar que, al hacer referencia al aprovechamiento económico, se deja en claro el hecho que la concesión otorgada a TISUR no incluirá la propiedad sobre los bienes que integran el terminal portuario, con lo que se refuerza el carácter concesional de la figura: El concesionario, pese a ostentar un derecho sobre el aprovechamiento económico, no es titular del puerto ni de los bienes que lo comprenden.

⁷³ PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Lima: “PROMCEPRI”. 1999, p. 1.

Por otro lado, al hablar del canon, es decir, la contraprestación económica con la que debe cumplir TISUR, se observa que el contrato estipula un pago mensual sobre un cinco por ciento (5%) de los ingresos brutos mensuales del mes anterior. En otras palabras, así como existe un derecho a percibir un beneficio económico por la explotación de la concesión, también existe un deber de pagar una retribución por el derecho conferido. Por lo tanto, aquí pueden apreciarse las obligaciones de las partes.

A su vez, observamos que el propio contrato busca dar una definición a la concesión, pese a que ya existe una en la Ley de Concesiones (DS 059-96-PCM), y donde se señala que: *“Concesión significa el acto plasmado en el presente contrato de naturaleza administrativa, mediante el cual el concedente otorga al concesionario el derecho de operar el terminal portuario y ser beneficiario de su aprovechamiento económico, prestar los servicios portuarios, realizar las mejoras y adquirir un interés beneficiario en el fideicomiso, de acuerdo con el presente contrato y con sujeción a lo estipulado en el mismo y las leyes aplicables”*⁷⁴.

Nótese la importancia de esta definición ya que, pese a existir una definición legal, se trató de la primera definición jurisprudencial, dado que éste fue el primer contrato de concesión portuaria en el Perú. Observamos que, como bien ha señalado esta investigación, **la concesión es un acto (entendemos administrativo) mediante el cual se concede el derecho a operar el puerto, prestar los servicios portuarios y a percibir los beneficios económicos**; figuras que han sido ya descritas al explicar la figura jurídica de la concesión.

3.2.3 Objeto del contrato de concesión.

En cuanto al objeto del contrato, se especifica que *“El objeto del presente contrato es establecer los derechos y obligaciones de las partes y especificar las reglas y procedimientos que regirán los mismos en relación con el otorgamiento de la*

⁷⁴ *Ib.*, p. 5.

*concesión*⁷⁵. Básicamente lo que se dice es que en virtud al presente contrato, se establecerán y delimitarán los derechos y obligaciones de las partes. Dentro de estos derechos, están, el brindar los servicios portuarios y percibir los beneficios económicos; mientras que en relación a sus deberes, deberá hacerse responsable del diseño y construcción de mejoras, de la reparación, conservación, mantenimiento y operación del puerto, así como a brindar los servicios dentro de los parámetros de calidad indicados en el contrato. Vemos pues, que si bien estamos ante el caso de una infraestructura portuaria existente, el término “construcción” hace alusión a las mejoras que se deben realizar en la infraestructura.

3.2.4 Plazo del contrato de concesión.

En relación con el plazo del contrato, la cláusula 3.1 del contrato señala que “*El periodo de vigencia para el cual se otorga la concesión es de treinta (30) años contados a partir de la fecha de cierre*”⁷⁶. La fecha de cierre se encuentra regulada en la cláusula 11 del contrato y es aquella que hace referencia a ciertas condiciones que deben cumplirse para que se perfeccione el mismo; condiciones como haber suscrito el contrato, haber efectuado el pago inicial, haber entregado la garantía de fiel cumplimiento, entre otros. Por ello, y para efectos prácticos, estableceremos que el plazo de la concesión es de 30 años.

Un hecho que si despierta nuestro interés, y que será objeto de comentario y discusión más adelante es el texto de la cláusula 3.2 del contrato, en donde se permiten prorrogas al plazo de la concesión, las mismas que no podrán exceder de 30 años; lo que significa que la concesión del puerto de Matarani podría tener una vigencia de 60 años si esta fuera prorrogada al plazo máximo que permite el contrato⁷⁷.

⁷⁵ *Ib.*, p. 11.

⁷⁶ *Ib.*, p.12.

⁷⁷ Sabemos que la determinación del plazo del contrato de concesión no obedece a una regla fija, pero este periodo debe ser lo suficientemente largo como para que el concesionario recupere las inversiones realizadas. Este hecho tiene como principal elemento a favor el hecho que incentiva al concesionario a realizar inversiones cuantiosas, en tanto le permite un mayor tiempo para apropiarse de los beneficios de largo plazo de estas. En tal sentido, somos de la opinión que el hecho que exista una cláusula que permita la prórroga del contrato de concesión funciona como un incentivo para que se realicen mejoras y se brinde un mejor servicio.

3.2.5 Pago de la concesión.

Un tema que despierta nuestro interés es aquel regulado en la cláusula 4 del contrato, relativo a las condiciones de pago de la concesión. En la cláusula 4.1 se estipula que “*En contraprestación al otorgamiento de la concesión, el concesionario pagará al concedente el pago inicial en la fecha de cierre*”⁷⁸. Recordemos que, para llevar a cabo el proceso de selección del concesionario, a efectos de determinar a quien se le entregará la explotación de la infraestructura, el factor de competencia es un tema central en la selección del concesionario⁷⁹.

Algunas opciones comunes, utilizadas en otros procesos, son: 1) El mayor precio o canon (por una sola vez o cada año) pagadero al Estado; 2) El menor costo para el Estado para construir u operar la infraestructura; 3) El mayor monto de nuevas inversiones comprometidas; 4) El menor cargo de tarifas a los consumidores; 5) El valor presente neto más bajo de los flujos futuros de ganancias que obtiene el concesionario; y 6) El menor subsidio exigido al Estado para operar un servicio que genera pérdidas.

Es un hecho evidente que el factor de competencia que se asignó en el proceso de selección para determinar quién se adjudicaría la concesión del puerto de Matarani fue el mayor precio sobre el puerto; o en otras palabras, que postor le pagaba más al Estado por hacerse con la concesión del terminal portuario. En este caso, y en vista a que TISUR fue el único postor, cumplió con pagar al Estado Peruano la suma de US\$ 9,680,000 (Nueve millones seiscientos ochenta mil dólares americanos).

Sin perjuicio de entrar a debatir sobre si este fue el mejor factor de competencia que pudo delimitar el gobierno (debate en el que se ahondara en el punto 3.4 del presente capítulo), consideramos que el Estado olvida que la concesión no tiene como objetivo conseguir ingresos para el tesoro, tal como se mencionara en el capítulo 1 de la presente

⁷⁸ PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Op. cit., p. 12.

⁷⁹ ALCAZAR, Lorena y LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Op. Cit., p. 50.

investigación. El hecho de cobrar un pago inicial, sumado a la retribución que se debe pagar mes a mes, más la tasa por concepto de regulación hacen que el mayor beneficiado con la concesión sea el Estado, cuando, lo que busca la figura jurídica es que los beneficiarios sean los usuarios del servicio público.

3.2.6 Operación y explotación de la concesión.

Respecto a la operación de la concesión, que se encuentra regulada en la cláusula 5 del contrato, observamos disposiciones interesantes, como por ejemplo que se recalque que durante la vigencia de la concesión, el concedente será el titular de los bienes de la concesión y de cualquier mejora realizada por el concesionario.

Asimismo, se deja en claro – y con acierto – el hecho que las mejoras efectuadas por TISUR en el terminal portuario – serán inscritas en los registros públicos correspondientes a nombre del Estado dentro de los 90 días de concluida la mejora. El concesionario por su parte, tendrá la posesión y tendrá bajo su cargo el uso del terminal portuario, incluyendo las mejoras para su operación. Consideramos que se hace un correcto uso de la figura de la concesión al especificarse que el concesionario ostentará la posesión del terminal portuario y los bienes y las mejoras que le correspondan.

Por otro lado, de la lectura de la cláusula 5.3 podemos percatarnos que *“Las operaciones principales del terminal portuario, según se describen en el Anexo C, deben ser llevadas a cabo por el operador principal, quien podrá ser el concesionario o socios o accionistas del concesionario, o un tercero calificado, que conozcan bien las operaciones de puertos marítimos, cuenten con el personal apropiado, y hayan sido previamente aprobados por Ositran”*⁸⁰. Sobre a este punto, es válida la pregunta respecto a si el operador principal llevara a cabo la gestión del terminal; ¿qué es lo que haría entonces el concesionario? De ser esto así, es decir, que exista en un concesionario que se ha adjudicado la concesión y además, un operador principal que lleve a cabo la gestión,

⁸⁰ PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Op. Cit., p. 14.

seríamos de la opinión que la asignación del concesionario podría no haber sido la más adecuada.

El contrato añade además que *“Simultáneamente con el otorgamiento al concesionario de la licencia, el concesionario y el operador principal suscribirán uno o más contratos de operación que deberán ser aprobados por Ositran, los que regirán las operaciones y la administración del terminal portuario, por un periodo no superior a la vigencia de la concesión”*⁸¹. Podríamos decir entonces que de ser este el caso, el contrato de operación sería aquel que rija la administración y operación del terminal portuario de Matarani. Recordemos también que el concepto de contrato de operación se encuentra recogido en la cláusula de las definiciones del contrato, en donde se dice que *“El contrato de operación significa un contrato en forma y fondo aprobado por Ositran y suscrito por el operador principal para la operación del terminal portuario. El concesionario, de no ser el mismo que el operador principal, será solidariamente responsable con el operador principal frente al concedente del cumplimiento de todas las obligaciones”*⁸². Con esto se observa que el contrato da pie a que el operador principal sea distinto al concesionario.

Siguiendo con el análisis del contrato, y aún dentro de la cláusula referente a la operación de la concesión, llegamos a una parte muy importante como lo es el tema de las mejoras voluntarias. Estas son definidas como aquellas mejoras no contempladas específicamente en el contrato de concesión, que tiene por objeto atender nuevas demandas y optimizar las operaciones del terminal portuario. Estas mejoras tendrán la misma naturaleza que las mejoras eventuales. De esta manera, las mejoras voluntarias, como su propio nombre lo dice, serán efectuadas en función de la demanda por los servicios con la finalidad de optimizar las operaciones del terminal portuario de Matarani. Consideramos apropiado el hecho que el contrato haya previsto que la mejor forma de determinar la aplicación de las mejoras deba darse en función a la demanda.

En el supuesto que el concesionario no efectuara las mejoras obligatorias según lo previsto, además del derecho del concedente de dar por terminada la concesión, el concedente podrá también hacer cobro de las respectivas penalidades. Vemos entonces

⁸¹ *Ib.*, p. 14.

⁸² *Ib.*, p. 5.

que, mediante la adopción de la cláusula penal (regulada en la cláusula 5.7 del contrato), la relevancia que tiene para el Estado el tema de las mejoras.

En nuestra opinión, este hecho descrito en el párrafo precedente es muy positivo, ya que de alguna manera se le da la libertad al concesionario para que éste identifique y determine que mejoras necesarias – sin estar obligado por contrato – puede realizar, de forma tal que pueda incrementar su productividad y mejorar la calidad de su servicio, lo que le significará un mayor aprovechamiento económico y una mayor satisfacción para los usuarios del puerto. Si bien hay mejoras obligatorias estipuladas en el contrato, TISUR ha demostrado ser un eficiente administrador portuario, puesto que sin verse obligado, ha decidido invertir cerca de 100 millones de dólares en la construcción de un nuevo amarradero para el embarque de minerales que ubicará al sur del puerto en lo que se denomina el “Amarradero F”⁸³. Esta inversión le permitirá atender un mayor volumen de carga y maximizar los beneficios económicos del terminal portuario.

Sorprende por su parte, el hecho que la cláusula 5.8 del contrato señale lo siguiente: “*El concesionario deberá, inmediatamente después de la suscripción del presente contrato, obtener de la autoridad gubernamental correspondiente la licencia de operación*”⁸⁴. Decimos que nos sorprende porque, como ya hemos repetido en oportunidades anteriores, si bien la concesión es el acto administrativo mediante el cual el Estado decide entregar en concesión determinada obra y/o servicio público – en este caso el terminal portuario de Matarani – el contrato de concesión debería ser el título habilitante suficiente por medio del cual, el concesionario ejerza sus derechos de concesión y pueda administrar y operar el puerto, sin mayor necesidad de obtener una nueva licencia, habida cuenta que la función del presente contrato, tal como lo establece su propio objeto, es delimitar los derechos y obligaciones de las partes. Por lo tanto, consideramos que tal cláusula podría ser suprimida en vista a que el contrato funcionaría como la licencia de operación requerida.

⁸³ <http://www.infoarequipa.com/economia/tisur-construira-nuevo-amarradero-para-embarque-de-minerales/>

⁸⁴ PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Op. Cit., p. 16.

Finalmente, y para concluir con los términos relacionados a la operación de la concesión, es importante tener en cuenta lo mencionado en la cláusula 5.22 del contrato, donde se señala que “*El concesionario debe permitir a terceros calificados proporcionar el servicio de estiba y desestiba sin cargo ni discriminación alguna durante el plazo de vigencia de la concesión, a menos que Ositran determine lo contrario cuando a su juicio tal medida se requiera con el fin de que la operación del Terminal Portuario se realice de la manera más eficiente y segura*”⁸⁵.

Este es un hecho que debe ser analizado con suma cautela, habida cuenta que por un lado, el gobierno es el encargado de diseñar sus políticas portuarias y si considera que un escenario de competencia en el servicio de estiba y desestiba es el más idóneo para la funcionalidad del puerto, pues en ese caso, el concesionario tendrá que respetar tal decisión y deberá aceptar brindar ese servicio en libre competencia con otros operadores portuarios. Sin embargo, está también el hecho que, si se trata de un puerto organizado bajo el sistema *landlord port*, en donde la titularidad recae en el gobierno, pero se entrega en concesión la gestión del puerto a una empresa privada, podría generarse un desincentivo para la empresa el hecho que tenga que compartir parte de los servicios con otros operadores que no están obligados a realizar las inversiones que ellos si deben efectuar, con lo que el aprovechamiento económico sería menor, y esto podría incentivar (o desincentivar) a disminuir ciertas mejoras voluntarias con la finalidad de recuperar aquello que no se ganó con la exclusividad del servicio. En todo caso, esto dependerá de la política portuaria del Estado y del análisis específico de la situación del terminal portuario, para ver si es que es más eficiente dar servicios en forma exclusiva o en competencia.

Continuando con el análisis, ahora veremos la parte relacionada a la explotación de la concesión en lo concerniente a las tarifas e ingresos, parte que interesa mucho al concesionario, ya que es aquí donde recuperan las inversiones realizadas y comprometidas para el terminal portuario. Así pues, el contrato estipula que el concesionario podrá aplicar, para los servicios que prestará bajo el régimen de regulación, niveles tarifarios por debajo de las tarifas máximas establecidas por el Anexo 6.1 del contrato.

⁸⁵ *Ib.*, p. 20.

Asimismo, debemos enfatizar que el término “tarifa” no viene a ser lo mismo que el término “precio”: la tarifa es la contraprestación económica que paga un usuario del terminal portuario por la prestación de un determinado servicio; mientras que el precio es la contraprestación económica que paga un usuario del terminal portuario por un servicio que le es brindado en libre competencia, es decir, puede ser brindado por el concesionario o por otro operador portuario. Cabe destacar que, de acuerdo con el contrato, las tarifas cuentan con un tope máximo el cuál se irá ajustando cada cinco años.

3.2.7 Garantías de las partes.

En relación a la garantías que se exigen en el contrato, encontramos en la cláusula 10 del mismo, la exigencia sobre una garantía de fiel cumplimiento, con lo que, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, además de la retribución y el fideicomiso, el concesionario entregará al concedente una garantía de fiel cumplimiento, la cual se mantendrá por los primeros 5 años en 5 millones de dólares y luego, durante el periodo remanente de vigencia de la concesión, por 2 millones de dólares.

Observamos entonces que el Estado busca resguardarse de la mejor manera posible y para ello cuenta con lo siguiente: 1) Un pago inicial de parte del concesionario, lo que le permitirá hacerse con la concesión; 2) Un pago mensual correspondiente al canon o retribución con lo que compensa al Estado por los beneficios que deja de percibir por ya no tener la administración y operación del puerto; 3) Un pago mensual por concepto de tasa de regulación que se le pagará al organismo regulador; 4) Un fideicomiso (sobre el cual trataremos más adelante) en donde se ingresarán los montos del aprovechamiento económico que el concesionario perciba por la gestión del terminal portuario y que servirá de garantía respecto a las obligaciones del concesionario; y 5) Una carta fianza de fiel cumplimiento que cubrirá una determinada cantidad de obligaciones a las cuales se ha obligado el concesionario.

Observamos entonces que se le ha impuesto una enorme cantidad de garantías para que el concesionario cumpla con todo aquello a lo que se ha obligado en la

concesión. Para algunos, puede ser excesivo mientras que para otros puede ser conservador. Para nosotros, es una muestra de buena fe, ya que en la medida que el concesionario cumpla, las garantías le serán devueltas.

En cuanto a las condiciones para la fecha de cierre, o en otras palabras, las condiciones suspensivas que se indican en el contrato para el perfeccionamiento del mismo, se detallan algunas condiciones tales como el haber suscrito el contrato, el contar con la licencia de operación, el haber entregado la carta de fiel cumplimiento, el haber efectuado el pago inicial, entre otras más; pero llama nuestra atención lo estipulado en la cláusula 11.1.11, la misma que estipula que “*El capital suscrito y pagado del concesionario sea al menos equivalente a US\$ 3’000,000 (Tres millones de dólares)*”⁸⁶.

Como bien señala Rodrigo Uría, “Todas las sociedades se constituyen con un capital determinado, que en principio es libremente fijado por los fundadores, y cuyo importe habrá de figurar necesariamente en la escritura fundacional como mención inexcusable de los estatutos (...) El capital social juega un importante papel de orden jurídico y organizativo, pero además, el capital también cumple una importante función de orden contable, porque actúa de garantía indirecta de los acreedores sociales. Esta función de garantía a los acreedores resulta de la exigencia legal de que la cifra del capital cuente en todo momento con una cobertura patrimonial suficiente, opera en cierta forma como contrapartida por la falta de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales”⁸⁷.

En tal sentido y en virtud de lo anteriormente expuesto, consideramos que la exigencia de la cláusula 11.1.11 tiene como objeto servir de garantía para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Si bien ello podría suponer un inconveniente en términos de eficiencia económica, ya que el concesionario tendría que tener 3 millones de dólares congelados en la cuenta de capital social, permite que en caso de deudas, éstas puedan cubrirse con dicha cuenta. Lo que si queda claro es que el Estado busca garantizar el cumplimiento de la concesión de todas las maneras posibles.

⁸⁶ *Ib.*, p. 30.

⁸⁷ URÍA, Rodrigo. MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Editorial Aranzadi S.A. 2006, pp. 816-818.

3.2.8 Responsabilidades, resolución del contrato y solución de controversias.

Pasando a lo referente a la responsabilidad e indemnizaciones, sorprende el hecho de encontrar cláusulas como la 12.1.2 y la 12.1.3 las cuales expresan que *“El concedente no garantiza en forma alguna la exactitud de la información transmitida al concesionario, y especialmente no garantiza que el terminal portuario esté apto y sea adecuado para cualquier propósito en particular. Por la presente disposición el concesionario renuncia a cualquier garantía de cualquier naturaleza de parte del concedente; y el concesionario no tendrá derecho alguno de resolver, revocar, retirar, cancelar, o ser relevado de ninguna manera del presente contrato, y no tendrá derecho alguno a compensación o a reducción en el canon o a cualquier otra obligación, si se determina subsecuentemente que el terminal portuario no es apto para un propósito determinado, sin perjuicio que el concedente pueda tener, o pudiera haber tenido información, desde antes de la fecha de cierre que pudiera haber establecido, o ayudado al concesionario a establecer, dicho hecho”*⁸⁸.

Estas cláusulas descritas en el párrafo anterior son, en nuestra opinión, inaceptables en este y cualquier contrato de concesión. Como ya hemos visto a lo largo de la presente investigación, la figura jurídica de la concesión no puede ser tomada como una imposición ni tampoco como una forma de generarle ingresos al gobierno a costa del inversionista privado. Ya señalamos en reiteradas oportunidades que como Estado, decidimos concesionar porque no tenemos los recursos suficientes para destinarlos a determinada obra y/o servicio público; y/o porque creemos que un operador privado, experto en determinado rubro puede brindar un servicio más eficiente y de mayor calidad que le redunde beneficios a él, al Estado y a los usuarios.

En consecuencia, cuando se identifica uno de esos motivos se decide concesionar. Sin embargo, si se va a concesionar no se puede hacer de forma tal que el Estado se asegure únicamente beneficios y le traslade todo el riesgo al privado, ya que eso puede generar que aquellos operadores más capacitados no acepten tales condiciones

⁸⁸ PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Op. Cit., pp. 31-32.

y quienes si lo hagan no sean los más capacitados para el trabajo. Por lo tanto, consideramos que una mejor distribución de los riesgos, en donde ambas partes trabajen de la mano garantiza la mejor elección para la concesión con su consiguiente mejor gestión.

A su vez, la cláusula 15 se refiere a la caducidad de la concesión, y se indican nueve supuestos en donde se podría dar por concluido el contrato, entre los que destacan el vencimiento de la vigencia de la concesión, el incumplimiento de alguna de las partes, algún evento de fuerza mayor, o la destrucción del terminal portuario. Sin embargo, y como en otras cláusulas del contrato, despierta nuestro interés el hecho que el contrato pueda ser resuelto por la resolución opcional del concedente de acuerdo con la cláusula 15.5 del contrato. Esta señala que *“En cualquier momento y a su discreción, el concedente podrá resolver la concesión y recuperar el control del terminal portuario mediante notificación previa al concesionario con por lo menos seis (6) meses de anticipación”*⁸⁹.

Esta cláusula quiere decir que en cualquier momento y a su sola voluntad, el concedente puede dar por terminado el contrato y recuperar el control del terminal portuario. Si bien se establece que tiene 6 meses para dar aviso al concesionario; si éste último hubiera incurrido en una serie de inversiones, tanto obligatorias como voluntarias para optimizar el rendimiento del terminal portuario, recuperaría sólo aquellas obligatorias más no las voluntarias; lo que le significaría un perjuicio económico, sin contar el hecho del desprestigio que se autogenera el país frente a potenciales inversionistas extranjeros.

Creemos además que esta cláusula podría desincentivar inversiones complementarias y que coadyuven a una mejor gestión del terminal portuario, ya que siempre estaría la incertidumbre de que en cualquier momento puede el gobierno caducar la concesión. Si los motivos de caducidad y terminación de contratos están bien delimitados en el contrato, y cada una de las partes cumple con sus obligaciones, ¿cuál es la necesidad de incluir esta cláusula?

⁸⁹ *Ib.*, p. 39.

Por su parte, los aspectos relativos a la solución de controversias, encontramos una separación entre controversias técnicas y controversias no técnicas. Si la controversia fuera técnica, se resolverá mediante la intervención de peritos. Por otro lado, si la controversia fuera no técnica, habrá que ver si se trata de una donde el monto controvertido es superior al millón de dólares. Si fuera superior, se resolverá mediante un arbitraje internacional. Si no lo fuera, se resolverá mediante un arbitraje nacional.

3.2.9 Otras disposiciones.

Encontramos en este punto otras regulaciones que hemos considerado importantes para la vida del contrato, tales como aquello regulado respecto al medio ambiente, en donde se dispone en la cláusula 18 del contrato que en un plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de cierre, el concesionario conviene en realizar bajo su propio costo, un estudio de medio ambiente y de impacto ambiental. El referido estudio será responsabilidad del concedente cuando el hecho que haya causado la contaminación o daño ambiental haya ocurrido antes de la fecha de cierre. Por su parte, será responsabilidad del concesionario cuando el hecho que haya causado la contaminación o el daño ambiental haya ocurrido después de la fecha de cierre.

Consideramos que se trata de un interesante método de asignación de riesgos en relación con el impacto ambiental que pueda causar la operación. Además, demuestra que el Estado no sólo se interesa por el bienestar económico y social de los usuarios, sino también por el ambiente donde se desarrollan las operaciones; y por último, no se retrasan ni se condicionan las operaciones al desarrollo de un estudio de impacto ambiental, sino que éste es perfectamente compatible con las operaciones portuarias.

En la última parte del contrato vemos que se introduce un tipo de cláusula que no es muy usual, habida cuenta que ésta normalmente se desprende del contenido de todo el texto contractual; sin embargo, en este caso, se ha convenido dejar por escrito el tema de la asunción del riesgo, en donde el concesionario asumirá por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier contrato de operación, la prestación de los servicios portuarios, las mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados

del uso de tecnología y patentes propias del concesionario, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control o bajo su responsabilidad, establecidas en el contrato.

Por otro lado, también se determina la libertad que tendrá el concesionario para contratar a todos los sus funcionarios y empleados para el terminal portuario y el desarrollo de cualquier contrato de operación. El Estado Peruano, por su parte, se compromete a mantener la seguridad y estabilidad jurídica para la correcta operación del concesionario.

Y finalmente, para concluir, queremos señalar dos aspectos que también están especificados en el contrato, pero a modo de aclaración y en los anexos (los cuales son partes integrantes del mismo). El primer aspecto tiene que ver con el hecho que se ha efectuado una “aclaración” en la parte final del contrato en donde se indica que se corrige un error material de la cláusula 1, numeral 1.43 del presente contrato, y de conformidad a la propuesta técnica presentada por Santa Sofía Puertos, se acepta que el operador del puerto de Matarani sea el mismo concesionario, es decir, la empresa TISUR. Este hecho, si bien no tiene nada de incorrecto es un tanto llamativo porque tal aclaración debería haberse efectuado antes del otorgamiento de la concesión y no después de esta, ya que podría generar suspicacias⁹⁰.

El segundo aspecto tiene que ver con lo regulado con el tema de la tarifas en el Anexo 6: La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto por Ositran de comprobarse que existe competencia en dicho servicio. Esto quiere decir que si se diera el caso que un servicio que sólo puede prestar el concesionario pudiera darse

⁹⁰ La propuesta inicial presentada por la sociedad concesionaria, esto es, Terminal Internacional del Sur S.A. (TISUR), contemplaba la presencia de un concesionario y además un operador principal. En el caso del concesionario, está claro que ese papel lo cumpliría la empresa constituida para la celebración del presente contrato, esto es, TISUR; mientras que para el cumplir con los requisitos de las bases y el contrato, el operador principal debería ser un operador portuario calificado, papel que recaería en la sociedad SSA International, tal como se estipuló en la cláusula 1.43 del referido contrato de concesión. Por tal motivo, llama la atención ésta aclaración, más que todo porque se hace en la parte final del contrato, es decir, si no estuviera expresamente indicada, cualquier persona que revisa el contrato podría creer que durante el plazo de vigencia de la concesión, existirá una sociedad concesionaria y además un operador principal; pero recién al verlo estipulado en la parte final del mismo es que se da cuenta que, ambas funciones recaerán en una sola sociedad, la cual será TISUR.

Como bien decimos, no tiene nada de malo, pero se presta a suspicacias porque al menos debería motivarse el porqué de esta decisión y si es que TISUR como TISUR cumple con los requisitos técnicos para poder llevar a cabo la concesión por sí sólo.

en libre competencia, las tarifas fijadas dejarían de tener efecto y pasarían a tener un precio que sería cobrado tanto por el concesionario como por el otro operador que pudiera estar brindando también dicho servicio.

Sin embargo, lo que llama nuestra atención es que no se haga referencia expresa de qué tipo de servicio podría ser, ya que por contrato, se saben cuáles son los servicios portuarios que el concesionario puede dar en exclusividad y cuales en libre competencia con otros operadores por lo que, si de un momento a otro y sin explicación razonable alguna, se decidiera dar un servicio exclusivo en libre competencia, con lo que se pasaría de cobrar una tarifa a cobrar un precio; lo que veríamos es que estarían vulnerándose los derechos del concesionario conferidos en el contrato de concesión, lo cual podría crear una contradicción que no ha sido resuelta en el contrato.

3.3 Contrato de concesión del puerto del Callao: DP WORLD.

3.3.1 Antecedentes.

Con fecha 24 de julio de 2006, se firma el contrato de concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur⁹¹. Observamos que, a diferencia del contrato anterior (TISUR), en el presente contrato si nos referimos a infraestructura portuaria nueva.

Cabe destacar además que, con la aprobación de la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), se da vida a la Autoridad Portuaria Nacional (APN), el cual es un organismo público descentralizado encargado del sistema portuario nacional, y por tanto, representa al Estado; por lo que, en esta oportunidad, el Estado Peruano es representado por la APN, la cual representa a su vez al MTC⁹².

⁹¹ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (APN). *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Lima: 2006, p. 101.

⁹² Lo que significa que en este caso, el contrato de concesión fue suscrito entre el Estado Peruano, representado por la APN y ya no el MTC; y la sociedad concesionaria: DP WORLD CALLAO SRL.

En ese orden de ideas, la APN solicita a PROINVERSIÓN (entidades las cuales hemos estudiado en el capítulo 2 de la presente investigación), que determine la viabilidad económica y financiera para la concesión del terminal sur del puerto del Callao; o en otras palabras, que presente el proyecto a inversionistas serios que puedan cumplir con los requerimientos pretendidos por la APN para la concesión del terminal sur del puerto del Callao⁹³.

3.3.2 Definiciones y aclaraciones.

De acuerdo con este contrato, se define a la concesión como la relación jurídica entre el concedente y el concesionario⁹⁴. El contrato establece además, un derecho de ejecución y/o prestación exclusiva que se otorga al concesionario para que sea el único que preste los servicios portuarios en el Terminal Sur. Sin embargo, dicha exclusividad no aplica para los servicios de remolcaje y practicaje; con lo que se entiende que dichos servicios podrán ser brindados en competencia conjuntamente con otros operadores del mercado⁹⁵.

Además, se busca incluir en el contrato a un socio estratégico⁹⁶, el cual debe cumplir de manera independiente con los requisitos de precalificación exigidos en el concurso y que además debe estar presente durante toda la vigencia de la concesión⁹⁷.

⁹³ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (APN). *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Op. cit., p. 9.

⁹⁴ *Ib.*, p. 13.

⁹⁵ A diferencia del contrato de concesión entre el Estado Peruano y TISUR, en donde el servicio que no contaba con la exclusividad era la estiba, en este contrato de concesión observamos que los servicios que no son objeto de exclusividad corresponden a los servicios de remolcaje y practicaje. Sin ánimos de entrar en una discusión, no entendemos que motivo el cambio de parte del Estado para que, en el primer contrato de concesión portuaria el servicio a prestar en libre competencia fuera la estiba; y en el segundo contrato de concesión portuaria sean el remolcaje y practicaje.

⁹⁶ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (APN). *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Op. cit., p. 76.

⁹⁷ Nótese que en esta oportunidad si se hace hincapié al asunto del socio estratégico. Creemos que atendiendo a la experiencia del contrato de concesión del puerto de Matarani, en esta oportunidad el Estado si tomó las provisiones necesarias para asegurar que aquel socio estratégico que lleve a cabo la concesión si cumpla con los requisitos técnicos exigidos en las bases. En este supuesto, vemos que el socio estratégico es DP WORLD, quien al momento de adjudicarse la concesión estaba considerado como uno de los 4 operadores portuarios más importantes a nivel mundial. Además, y a diferencia del contrato de concesión

Este socio estratégico deberá poseer y mantener una participación mínima que nunca podrá ser menor del 51% y deberá encontrarse presente mientras se encuentre vigente el contrato de concesión.

Asimismo, se establece diferencia expresa entre precio y tarifa. Ambas son contraprestaciones económicas por los servicios brindados, sin embargo, el precio no está sujeto a regulación⁹⁸.

Por último, el contrato busca especificar, nuevamente, que la concesión no supone la transferencia en propiedad de los bienes del concedente, los cuales en todo momento mantendrán su condición de bienes de dominio público⁹⁹.

3.3.3 Objeto del contrato de concesión.

El objeto del contrato es otorgar en concesión el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal del Callao – Zona Sur; lo que supone la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios portuarios.

En virtud a ello, se estipula que el contrato de concesión es un contrato principal y de prestaciones recíprocas; por lo que al tratarse de un terminal portuario de titularidad y uso público, no son de aplicación a la concesión las autorizaciones, habilitaciones y licencias que se requieren por Ley¹⁰⁰.

3.3.4 Plazo del contrato de concesión.

con TISUR, si bien la propuesta ganadora fue presentada por un consorcio, DP WORLD siempre fue acreditado como el socio estratégico, a diferencia del primer contrato de concesión en donde se atribuía a una empresa americana dichas facultades, las mismas que nunca llegó a ejercer por ser TISUR el concesionario y además el socio estratégico.

⁹⁸ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (APN). *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Op. cit., p. 20.

⁹⁹ *Ib.*, p. 23.

¹⁰⁰ *Ib.*, p. 24.

El plazo de la concesión se otorga por 30 años, contado desde la fecha de suscripción del contrato¹⁰¹. Cabe destacar que dicho plazo no es prorrogable, a diferencia de lo estipulado en el contrato con TISUR.

3.3.5 Pago de la concesión.

El concesionario deberá pagar a la APN una retribución como contraprestación por el derecho que se le ha otorgado por explotar en forma exclusiva el terminal portuario, retribución ascenderá al monto del 3% de los ingresos brutos mensuales que se obtengan por la prestación de los servicios¹⁰².

Se estipula además que, si la concesión se viera afectada por cambios en las leyes o por actos de gobierno que de alguna manera alteraran los ingresos y/o los costos del concesionario, se buscará restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión.

3.3.6 Operación y explotación de la concesión.

La APN se encuentra obligada a elegir un supervisor de diseño que se haga responsable del expediente técnico entregado por el concesionario¹⁰³. Somos de la opinión que la APN, como organismo encargado de la política portuaria nacional, debería tener una idea o un plan más específico (más allá de las dos versiones del Plan Nacional de Desarrollo Portuario) respecto a cómo desea que funcione el principal puerto del país. Por su parte, se detalla que los costos de supervisión de las obras no podrán exceder del 6% del valor de las obras y serán de cargo del concedente.

Por otro lado, los bienes que vaya a utilizar el concesionario deben ser puestos a disposición de un fideicomiso antes que se integren a la concesión, de forma que puedan ser transferidos al Estado si éste ejerciera su derecho de opción de compra. Asimismo, la

¹⁰¹ *Ib.*, p. 30.

¹⁰² *Ib.*, p. 55.

¹⁰³ *Ib.*, p. 40.

inversión complementaria adicional (a la cual se le conoce como ICA), y que fue el factor de competencia final y determinante para la obtención de la buena pro (DPW ofreció US\$ 144MM de ICA), será transferida también a un fideicomiso, el cual se encargará de administrar dicha inversión.

El concesionario deberá inscribir en Registros Públicos, en un plazo máximo de 6 meses de culminada su construcción, adquisición o ejecución, los bienes que se destinen a la concesión, y lo hará a nombre del concedente¹⁰⁴.

En relación a la explotación de la concesión, la cláusula 8.1 del contrato sostiene que la explotación del nuevo terminal de contenedores – Zona Sur por el concesionario constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el concesionario recuperará su inversión en las obras, así como un deber, en la medida que el concesionario está obligado a mantener la operatividad de dicha infraestructura portuaria y prestar los servicios a los usuarios dentro de los estándares especificados en el expediente técnico y en los anexos del contrato¹⁰⁵.

Creemos que en razón a ello es que se estipula expresamente que el concesionario cuenta con la libertad en la dirección y gestión del negocio. Asimismo, se establecen derechos y reclamos a los usuarios, quienes podrán acceder a todos los servicios de la concesión, encontrarse informados respecto a las tarifas y los precios, recibir el servicio de acuerdo a los niveles de servicio y productividad acordados en el contrato; así como podrá interponer reclamos en caso esto no suceda.

La fecha de inicio de la explotación se computará a partir de la conformidad de la obra por parte de la APN, lo que difiere con el inicio del plazo de la concesión, el cual se da con la firma del contrato¹⁰⁶. Respecto a este tema profundizaremos más adelante.

En cuanto a la gestión de la concesión en sí, el concesionario podrá brindar 2 tipos de servicios: servicios a la nave (utilización del amarradero) y servicios a la carga

¹⁰⁴ *Ib.*, p. 34.

¹⁰⁵ *Ib.*, p. 49.

¹⁰⁶ *Ib.*, p. 51.

(embarque/descarga y utilización de la infraestructura). La tarifa por estos servicios será la única contraprestación que los usuarios están obligados a pagar.

Además de los servicios estándar que brinda el concesionario (en los cuales tienen exclusividad y los debe prestar de forma obligatoria a todo aquel que los requiera), también puede brindar servicios especiales. Por la prestación de estos servicios el concesionario está facultado a cobrar un precio, ya que son dados en libre competencia con otras empresas.

A partir del quinto año contado desde el inicio de la explotación, el regulador realizará la primera revisión de las tarifas. Este método sirve para proteger a la empresa de los efectos de la inflación¹⁰⁷.

El concesionario determinará libremente el número de personal que requiera contratar para la construcción, conservación y explotación del terminal portuario. No obstante y sin perjuicio a ello, el concesionario tendrá que contratar a 15 trabajadores de Enapu que pudieran ser declarados excedentes por la autoridad administrativa de trabajo, siempre que ellos lo soliciten y el contrato tendrá que ser como mínimo por 12 meses.

Finalmente, los costos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el regulador, serán pagados por el concedente de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 6.10¹⁰⁸.

3.3.7 Garantías de las partes.

En la sección de garantías del contrato, cuando se hace referencia a las garantías del Estado a favor del concesionario, es curioso el hecho que siempre se redacta que el concedente realizará su mejor esfuerzo o que realizará todas las gestiones y coordinaciones que fueran pertinentes; mientras que al concesionario se le exige que cumpla con sus obligaciones, lo que da a entender que si el concesionario no cumple,

¹⁰⁷ *Ib.*, p. 54.

¹⁰⁸ *Ib.*, p. 43.

incurre en un supuesto de incumplimiento, mientras que si el Estado no cumple pero acredita haber realizado su mejor esfuerzo, no incurriría en supuesto de incumplimiento.

No obstante, el Estado garantiza al concesionario una demanda mínima anual de 300 mil contenedores de importación/exportación y 100 mil contenedores de transbordo, durante los 10 primeros años de concesión¹⁰⁹; lo que quiere decir que en caso el concesionario tenga un movimiento menor al referido, el Estado pagará al concesionario, con cargo a los montos que el concesionario paga por concepto de retribución mensual, de forma tal que el concesionario pueda asegurarse como mínimo, el equivalente en dinero de dichos contenedores.

Por su parte, el concesionario se compromete a que, del monto del presupuesto estimado oficial de obra (US\$ 213,500,000 MM), se entregará una garantía al Estado, la cual se constituirá en 3 momentos: la primera garantía que se dará equivaldrá al 20% del presupuesto. La segunda garantía que se entregará (a cambio de la primera) equivaldrá al 15% del presupuesto. Finalmente, la tercera garantía que se entregará (a cambio de la segunda), equivaldrá al 10% del presupuesto¹¹⁰.

El Estado, previa autorización de la APN con opinión favorable al regulador, autoriza al concesionario a que pueda otorgar en garantía a favor de los acreedores permitidos (quienes financian el diseño, construcción, conservación y/o explotación de la concesión) el derecho de concesión; los ingresos de la concesión (descontando el aporte por regulación); las acciones o participaciones del concesionario y los bienes del concesionario. Asimismo, el concesionario tendrá el derecho de hipotecar su derecho de concesión, siempre que cuente con la opinión favorable de la APN y del regulador.

El concesionario también tendrá la opción de suscribir con el Estado Peruano un convenio de estabilidad jurídica, el cual tiene rango de contrato ley, lo que le sirve de garantía para llevar a cabo la concesión.

¹⁰⁹ *Ib.*, p. 59.

¹¹⁰ *Ib.*, p. 60.

Finalmente, y tal como se vio en el contrato de concesión del puerto de Matarani, se contempla la exigencia de un capital social mínimo: En este caso, 20% del presupuesto estimado oficial de obra, lo que equivaldría a Cuarenta y dos millones setecientos mil y 00/100 dólares americanos (US\$ 42,700,000). Además, tal exigencia va de la mano con el hecho que se estipula en el contrato de concesión que el plazo de duración mínimo de la sociedad que se constituirá para llevar a cabo la administración y operación del Terminal Sur del puerto del Callao, no debe ser menor a 35 años.

3.3.8 Regulación de niveles de servicio y productividad.

El regulador será el encargado de velar por el cumplimiento de los niveles de productividad y calidad así como también de velar por el cumplimiento del pago de la contribución. También le podrá aplicar sanciones por incumplir con sus obligaciones.

Asimismo, el concesionario deberá pagar el aporte por regulación dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 26917.

Por otro lado y en relación a lo dispuesto en el Anexo 3, el cual detalla los “Niveles de Servicio y Productividad”, y es además parte integrante del presente contrato; la duración de las operaciones individuales no puede ser mayor a 30 minutos; así como el plazo entre iniciar la operación desde que la nave atraca, así como ejecutar el zarpe de la nave cuando se terminan las operaciones no puede exceder de 20 minutos¹¹¹.

En relación a las grúas pórtico, éstas deben mover como mínimo 25 contenedores por hora; y respecto al tiempo de entrega de la mercancía al usuario, desde que éste la solicita no puede exceder de 30 minutos en un primer momento y luego, no podrá exceder de 20 minutos desde que es solicitada.

En caso no se cumplan con los niveles de servicio y productividad indicados, serán sujetos a las penalidades expuestas en el Anexo 17 del contrato.

¹¹¹ *Ib.*, p. 109.

Por su parte, el Anexo 4 del contrato es aquel que se refiere a los “Parámetros Técnicos de cumplimiento obligatorio para las obras y equipamiento”; en donde se especifica que la tasa de ocupación del muelle no podrá ser superior al 70% en relación entre el tiempo total de ocupación anual de los amarraderos y el tiempo total anual de disponibilidad¹¹².

Su estimación determina la oportunidad en la que el concesionario deberá tener operativa la nueva infraestructura y/o el equipamiento adicional, de acuerdo a su propuesta técnica; con lo que el incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario acarreará una penalidad de parte del regulador.

3.3.9 Resolución del contrato y solución de controversias.

Al igual que en el contrato de concesión del puerto de Matarani, en donde se especifican las causales por las cuales se podría dar la caducidad de la concesión, entre las cuales destacan el vencimiento de la vigencia de la concesión, el incumplimiento de alguna de las partes, algún evento de fuerza mayor, o la destrucción del terminal portuario; encontramos que, entre otras formas de terminación anticipada del contrato, el hecho al cual se refiere la cláusula 15.1.5 del contrato, en donde se permite la resolución del mismo por decisión unilateral del concedente, por razones de interés público debidamente fundadas, con una antelación no inferior a 6 meses del plazo previsto para la terminación¹¹³.

En tal sentido, debemos afirmar, como lo hicieramos en el análisis del contrato anterior, que si las causales de caducidad se encuentran bien delimitadas, no habría necesidad de colocar la resolución unilateral por parte del concedente, aun cuando se trate de un recurso estratégico (el puerto), ya que podría desincentivar inversiones por parte del concesionario por temor a una terminación anticipada en cualquier momento.

¹¹² *Ib.*, p. 111.

¹¹³ *Ib.*, p. 83.

Asimismo, podemos apreciar que dentro de la cláusula de solución de controversias, se prevén 2 tipos de arbitraje: de conciencia y de derecho. El arbitraje de conciencia será para controversias técnicas (peritos) mientras que el arbitraje de derecho será para controversias no técnicas. Si el monto de la controversia es mayor a US\$ 5MM, el arbitraje será internacional. Si el monto de la controversia es menor o igual a US\$ 5MM, el arbitraje será nacional¹¹⁴.

3.4 Diferencias y similitudes entre los contratos de concesión celebrados con TISUR y DP WORLD.

Luego de haber analizado los contratos de concesión portuaria celebrados entre el Estado Peruano y los respectivos concesionarios de los puertos de Matarani y el Callao (TISUR y DPW respectivamente), es natural que comparemos dichos contratos y las gestiones realizadas por ambos concesionarios, de forma tal que podamos hacernos una idea sobre si fue una buena idea el concesionar dichos puertos al sector privado; si es que tiene buenos resultados para la totalidad de los agentes involucrados; e inevitablemente, cual concesión está resultando mejor; con lo que se aprecian, las diferencias y similitudes entre ambas concesiones.

Sin lugar a dudas, las comparaciones siempre son odiosas; más aún cuando no se tratan de temas idénticos. Y en este caso en particular, hacer una comparación directa entre las concesiones que se vienen llevando a cabo en los puertos de Matarani y el Terminal Sur del puerto del Callao es una labor un tanto complicada, ya que no se tratan de puertos que realizan las mismas funciones: si bien ambos se encargan de ser un punto modal en la cadena de transporte del comercio exterior, el puerto de Matarani, aunque es un puerto polivalente¹¹⁵, su especialización va más por el lado de la carga de minerales (graneles sólidos en su mayoría) que es la que se mueve principalmente en dicha región del país; el puerto del Callao (Terminal Sur) es un puerto especializado en contenedores, con lo que no se mueven otro tipo de cargas (ya sea carga sólida, carga líquida, o carga fraccionada); con lo que querer hacer una comparación directa entre ambos puertos sería

¹¹⁴ *Ib.*, pp. 93-95.

¹¹⁵ <http://mundoportuario.wordpress.com/2009/03/12/tipos-de-puertos/>

como hacer una comparación entre dos futbolistas, pero donde uno es un delantero y el otro es un portero. Sería un poco inviable.

Sin embargo, lo que si podemos realizar, es una comparación de los tipos de contratos que han sido suscritos así como también del tipo de gestiones que llevan a cabo los concesionarios y del beneficio que puedan tener tanto para el Estado, el propio concesionario y sus inversionistas y para los usuarios y el público en general (aunque éste último punto será abordado con mayor profundidad en el capítulo 4 de la presente investigación).

En ese orden de ideas, y de acuerdo a los aspectos más importantes revisados en los contratos de concesión tratados en los apartados anteriores, buscaremos detallar las principales similitudes y diferencias que existen entre ambos contratos de concesión y la gestión que vienen llevando a cabo sus respectivos concesionarios, para de esta manera, seamos nosotros mismos quienes podamos identificar, y formarnos una idea propia sobre qué cosas creemos que están bien, cuales no tanto y como se podría mejorar (aún más) las concesiones portuarias en el Perú.

3.4.1 Similitudes entre los contratos de concesión TISUR y DPW.

Dentro de las **similitudes** que hemos podido encontrar al momento de comparar los citados contratos de concesión, hemos querido **resaltar las 5 más importantes**, en nuestra opinión, siendo la primera de ellas aquella que consideramos como parte muy importante de nuestra investigación; estos es, el hecho que en ambos contratos se deja expresa constancia que **la concesión otorgada por el Estado Peruano no incluye la titularidad del terminal portuario**, con lo que no hay, en ningún momento, transmisión de propiedad y/o del dominio público.

Consideramos que este punto es de vital importancia, ya que, de acuerdo a todo lo que hemos venido expresando a lo largo de este trabajo, la figura jurídica de la concesión no supone la transmisión de la propiedad. Es más, uno de los puntos más fuertes que en nuestra opinión tiene esta figura jurídica es el hecho de permitir que el propietario pueda conservar la titularidad del bien y/o servicio que sea transferido al

concesionario, para que de esta manera, no pierda los derechos reales que ostenta sobre él y pueda tener derecho a participar, opinar y fiscalizar la labor que desempeñe el concesionario.

Si bien se busca concesionar, ya sea por motivos de liquidez y/o eficiencia económica, el propietario del bien y/o servicio nunca pierde contacto con el mismo y puede intervenir cuando considere que la concesión no se está llevando a cabo dentro de los parámetros deseados. Además, obliga al concesionario a que siempre este en búsqueda de una mayor eficiencia, para así poder conservar la concesión y gozar de los beneficios económicos que ésta le redanda.

Bien lo dice Rafael Fernández Acevedo, cuando señala que la concesión administrativa de dominio público otorga a uno o varios sujetos determinados el derecho temporal de usar privativamente una parte de dicho dominio¹¹⁶. En ese orden de ideas, no quedan dudas que la concesión es una figura que otorga derechos (y deberes) a particulares de parte del sector público, los cuales no podrían tener de no ser por la concesión en sí, y cuando los tiene, bien pueden actuar como propietarios aunque claro está que nunca llegan a serlo.

Por otro lado, en relación a las garantías que exige el Estado para otorgar la concesión, y asegurar así su viabilidad, encontramos en segundo lugar, otra similitud en el hecho que **en ambos contratos de concesión se exige como garantía una carta fianza de fiel cumplimiento**. De la misma manera en que un banco nos exige una garantía al momento de concedernos un préstamo, para asegurarse que en caso no cumplamos con pagar el dinero prestado tenga éste con que cobrarse; el Estado busca que en caso el concesionario no cumpla con los deberes a los cuales se obliga mediante el contrato de concesión, poder cobrarse mediante una garantía llamada “carta fianza de fiel cumplimiento” y que se encuentra presente en ambos contratos de concesión, analizados anteriormente.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*. Navarra: Thomson Reuters. Editorial Aranzadi S.A. 2012, p. 234.

Vemos pues que el Estado exige al concesionario que otorgue en garantía una fianza, la cual varía dependiendo del presupuesto de la obra a realizar, pero que permite al Estado tener la tranquilidad que en caso el concesionario no cumpla con las inversiones comprometidas, poder utilizar dichos fondos para el beneficio de la obra. Asimismo, observamos en ambos contratos que a medida que transcurre el plazo de la concesión, el monto de la garantía va disminuyendo. Intuimos que esto sucede porque, si no se ha hecho cobro de la fianza, es porque el concesionario viene trabajando de manera correcta y ha ido cumpliendo con las inversiones comprometidas, con lo que, los montos a desembolsar para nuevas inversiones son cada vez menores, y además, permite que el concesionario no se encuentre tan apalancado y pueda contar con más liquidez para el desarrollo de su gestión. Vemos pues que, en otras palabras, si va cumpliendo, el Estado premia y va disminuyendo el monto de la garantía.

En tercer lugar, está el tema de la **constitución del fideicomiso**, éste es un tema muy interesante en ambos contratos, puesto que tiene como función principal el de servir como una garantía más para el correcto funcionamiento de la concesión y para el cumplimiento de las obligaciones a las cuales se han obligado los concesionarios.

En el caso del contrato de concesión del puerto de Matarani, pudimos ver que el fideicomiso fue constituido en aras de resguardar el aprovechamiento económico del terminal portuario, para beneficio del concesionario, el concedente y los acreedores permitidos; garantizando las obligaciones del concesionario y del operador principal; con lo que no sólo servirá de garantía para que el concesionario cumpla, sino que además servirá de garantía para los acreedores financieros del concesionario.

Mientras que en el caso del contrato de concesión del terminal sur del puerto del Callao, la razón de ser del fideicomiso tiene también una función de garantía para el correcto cumplimiento de las obligaciones generadas en virtud al contrato de concesión; sin embargo, no se habla aquí de resguardar el aprovechamiento económico de la concesión en sí, sino de una función un tanto más específica como lo es resguardar los bienes que se integren y sean utilizados en la concesión, de forma tal que si luego de caducada la concesión el Estado quisiera ejercer la opción de compra para adquirirlos, pueda retirarlos directamente del fideicomiso. Asimismo, sirve – y creemos que es la función principal en este contrato de concesión – para resguardar los fondos destinados a

la inversión complementaria adicional (ICA) de forma tal que puedan ser administrados y utilizados correctamente para los fines que destine la APN. Cabe destacar que el ICA fue parte del factor de competencia que se utilizó para la entrega en concesión del puerto del Callao, aspecto que analizaremos con mayor profundidad más adelante.

Siguiendo con las similitudes, tenemos en cuarto lugar aquella referida a la **exigencia de un capital mínimo para ambas sociedades concesionarias**. Esta exigencia tiene su fundamento de ser también en las garantías, no solo para el Estado concedente sino también para los acreedores financieros del concesionario. Como ya mencionamos anteriormente, el capital social juega un papel importante al actuar de garantía indirecta a favor de los acreedores, ya que les permite tener a éstos la seguridad que la sociedad cuenta con una cobertura patrimonial suficiente, de forma tal que no se pongan en riesgo bienes de la concesión al momento del financiamiento correspondiente para conseguir los objetivos propios de la concesión.

Sin embargo, sorprende el hecho que las exigencias de capital social entre una y otra sociedad concesionaria sean tan distintas, puesto que a TISUR se le exigió tener un capital social ascendente a 3 millones de dólares, mientras que a DPW se le exigió tener un capital social ascendente a 42,700 millones de dólares. Creemos que la diferencia se deriva del hecho que en el caso del puerto del Callao, se trata de infraestructura portuaria nueva, con lo que se obligó a que la quinta parte del presupuesto total de la obra sea destinado a ser capital social, mientras que en el caso del puerto de Matarani, en vista a que se trata de una infraestructura portuaria existente, se ha querido pedir la tercera parte del monto pagado por la concesión. Aun así, de alguna manera, con estas grandes distorsiones entre el capital social de una y otra sociedad concesionaria, podríamos formarnos la opinión del rango de importancia que tienen los puertos para el Estado Peruano.

Somos de la opinión que está bien que el Estado busque resguardar sus intereses, tanto de manera directa (con la solicitud de tantas garantías) así como de manera indirecta (el hecho de proteger a los acreedores del concesionario, protege de manera indirecta al Estado); sin embargo, no debería imponer determinado monto, sino dejarlo al arbitrio del concesionario en sí, pero dejándolo delimitado en las bases del concurso los montos entre los cuales podría encontrarse la cifra del capital social para una mejor gestión de la

concesión. Decimos esto porque el hecho de imponer una cifra podría condicionar a ciertos inversionistas al momento de calcular sus flujos y sus temas de liquidez. Por eso queremos repetir, no criticamos esta conducta del Estado pero si creemos que en este punto se podría ser un tanto más flexible.

Finalmente, y como quinta similitud que consideramos importante entre ambos contratos, está el hecho de la **cláusula respecto a la caducidad de la concesión**; aquella que se refiere a la resolución unilateral por parte del concedente. Tanto en el contrato de concesión del puerto de Matarani, así como en el contrato de concesión del puerto del Callao, en las cláusulas 15.5 y 15.1.5, respectivamente, especifican que en cualquier momento y a su discreción, el concedente podrá resolver la concesión y recuperar el control del terminal portuario mediante notificación al concesionario con 6 meses de anticipación.

Tal como lo dijimos en su momento, no estamos de acuerdo con esta cláusula, aun cuando nos digan que por tratarse de un puerto estamos hablando de un recurso estratégico de parte del Estado, porque de ser esto así, no se concesionaría. El hecho de lanzar un concurso internacional para la concesión de un terminal portuario significa que se deben respetar las reglas del juego para ambas partes, esto es, no se puede pretender sólo exigir sin estar dispuesto a retribuir a cambio. Y tal como lo mencionáramos anteriormente, si las causas de caducidad de la concesión se encuentran perfectamente delimitadas en el contrato, esto es, que se sabe bajo qué condiciones se terminaría la concesión para cualquiera de las partes involucradas, pues entonces qué necesidad existe de reservarse el derecho unilateral de terminar la concesión en cualquier momento.

El hecho de permitir esta cláusula es, a nuestro modo de ver las cosas, decirle al inversionista que sea más cauteloso al momento de realizar las inversiones y/o mejoras respectivas, puesto que, en cualquier momento y sin motivo alguno, el gobierno podría tomar la decisión de terminar anticipadamente la concesión, con lo que, aun cuando se devuelvan los montos que podrían haberse estado invirtiendo hasta ese momento, genera una sensación de inseguridad, ya que podría darse el caso que el concesionario identifique una oportunidad de mejora que le permita maximizar los beneficios de la concesión, para lo cual requeriría de una inversión adicional y al momento de hacerla, si es que resuelven la concesión, quedaría en el aire con lo que habría un beneficio truncado; eso sin contar

el desprestigio que se ganaría el país frente a futuros inversionistas. Por tales motivos, consideramos que el contrato podría y debería funcionar mejor sin dicha cláusula.

3.4.2 Diferencias entre los contratos de concesión TISUR y DPW.

Con respecto a las diferencias que existen entre ambos contratos de concesión, hemos podido apreciar que éstas son mayores que las similitudes, en gran medida porque, como ya hemos dicho, se tratan de concesiones distintas (infraestructura portuaria existente versus infraestructura portuaria nueva), además del hecho que se trata de una concesión de un puerto polivalente (TISUR) versus un puerto especializado en contenedores (DPW), o que la concesión del puerto de Matarani fue la primera concesión portuaria del país, con lo que al momento de redactar el contrato de concesión del puerto del Callao – Terminal Sur se pudieron optimizar algunos aspectos respecto a la primera concesión.

Aun así, hemos querido rescatar las **10 diferencias** que hemos considerado como las más pertinentes para efectos del presente trabajo de investigación, las mismas que trataremos a continuación.

Consideramos que la primera diferencia a tratar es aquella concerniente al tipo de concesión que entrega el Estado hacia el sector privado. Alejandro Manayalle argumenta que las concesiones que involucran la ejecución (construcción, rehabilitación o ampliación) y explotación de una infraestructura demandarán a los concesionarios un mayor requerimiento de inversión y asunción de mayores riesgos en la construcción; por el contrario de las concesiones que involucran solamente la explotación (conservación, mantenimiento y prestación del servicio), ya que éstas no demandan mayores compromisos de inversión toda vez que la obra ya está construida y basta su acondicionamiento o mantenimiento para iniciar la operación¹¹⁷.

¹¹⁷ MANAYALLE, Alejandro. *Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la conexión del muelle sur en el terminal portuario del Callao*. Lima: Revista Themis 2011, pp. 257-258.

Dicho esto, observamos que mientras la concesión entregada en el puerto de Matarani se trata de una de explotación (el puerto ya estaba construido y sólo había que acondicionarlo); la concesión entregada en el muelle sur del puerto del Callao se trata de una de ejecución y construcción (al momento de la entrega en concesión no había nada, por lo que es el concesionario quien tiene que construir y luego explotar dicha obra).

Vemos pues esta primera diferencia entre una concesión con infraestructura portuaria existente versus una concesión con infraestructura portuaria nueva; sin embargo, el plazo para ambas es de 30 años, de los cuales, debe descontarse el tiempo que demora la construcción para tener el plazo real de la explotación (sobre este tema ahondaremos más cuando tratemos el plazo como una diferencia entre ambas concesiones); no obstante, lo que se busca dejar en claro es el hecho que el ordenamiento jurídico no establece una diferencia entre concesiones de infraestructura portuaria nueva y concesiones de infraestructura portuaria existente, cuando a la luz de lo visto y lo expuesto por Manayalle, consideramos que sí la debería haber.

Una segunda diferencia la podemos encontrar en el **pago mensual que deben realizar los concesionarios.** Por un lado, vemos que en el caso de TISUR, al definirse el concepto de canon dentro del apartado de definiciones del contrato, se estipula que el concesionario deberá pagar al Estado Peruano el 5% de los ingresos brutos mensuales que genere la explotación de la concesión. Por su parte, en el caso de DPW, la cláusula 8.20 del referido contrato es clara en señalar que el monto que el concesionario deberá pagar al Estado Peruano corresponderá al 3% de los ingresos brutos mensuales que se generen por la prestación de los servicios portuarios que confiere la concesión.

Vemos que ambos casos, que el Estado al no ser más el administrador portuario de los puertos entregados en concesión, dispone en los contratos una contraprestación de parte de los concesionarios, quienes por usar y disfrutar de la infraestructura portuaria (es decir la concesión en sí) deberán abonar mes a mes un porcentaje de sus ingresos mensuales. Si bien en ambos casos se trata de los ingresos brutos, vemos que la cantidad difiere, puesto que en el caso del puerto de Matarani se trata del 5% mientras que en el caso del muelle sur del puerto del Callao se trata del 3%; con lo que podría parecer, a primera vista que el puerto de Matarani tendría que pagar más que el puerto del Callao.

Sin embargo los porcentajes están dados de acuerdo al movimiento total que tengan los respectivos puertos, por lo que, siendo el puerto del Callao el principal puerto del país, se le impone un porcentaje menor, y aun a pesar de ello, la cantidad de dinero que recibirá el Estado será mayor a aquella que perciba del puerto de Matarani, esto porque es un puerto con menor movimiento. Así pues, vemos que con acierto, se imponen contraprestaciones distintas de acuerdo a los distintos movimientos de carga que tienen ambos puertos.

Como tercera diferencia, encontramos las **distintas definiciones que ambos contratos tienen sobre el concepto de concesión**. Así pues, el contrato de concesión de TISUR define a la figura jurídica de la concesión como el acto plasmado en un contrato, de naturaleza administrativa que concede los derechos de operar el terminal portuario y disfrutar del aprovechamiento económico. Por su parte, el contrato de concesión de DPW define a la concesión como la relación jurídica entre el concedente (Estado Peruano) y el concesionario (DPW).

De esta manera observamos que mientras el primer contrato de concesión portuaria del país señala a la concesión como un acto administrativo, afirmación que se mencionó en el capítulo primero de la presente investigación con la cual coincidimos; el segundo contrato de concesión portuaria del país sostiene que la figura jurídica de la concesión se trata más bien de una relación jurídica en donde por razón del acuerdo o vínculo contractual entre las partes, se establecen una serie de derechos y deberes para ambas, entre los que destacan la prestación exclusiva al concesionario para que brinde los servicios portuarios en el terminal sur.

Es evidente entonces que, aun a la fecha, no existe consenso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sobre el concepto de la figura de concesión en sí, ya que si bien el primer contrato de concesión portuaria del país lo cataloga como un acto administrativo, en virtud a que una vez que el Estado toma la decisión de concesionar, recién entonces podemos hablar de un consenso para establecer una relación jurídica; el segundo contrato de concesión portuaria (y todos los posteriores) han seguido la línea de establecer la figura como una relación jurídica nacida sobre el consenso de las partes. Sin perjuicio de la decisión que se tome respecto a cómo catalogar la figura, somos de la

opinión que ésta debería ir de la mano con lo establecido en nuestra Ley de concesiones, para poder estar todos alineados respecto a un mismo concepto.

En cuarto lugar, abordaremos el tema del **plazo de la concesión**, por considerar al mismo como un punto decisivo del contrato. Aun cuando el plazo de ambos contratos es de 30 años, veremos que en la realidad, los operadores no cuentan con la misma cantidad de tiempo.

El artículo 10.3 de la Ley del Sistema Portuario Nacional establece que la infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años. Por su parte, el artículo 50 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional señala que adicionalmente a los 30 años establecidos en el artículo 10.3 citado, los contratos con los administradores portuarios pueden ser prorrogados por 30 años más.

Por otro lado, el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo 059-96-PCM (TUO), establece en su artículo 16 que las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el contrato de concesión, el que en ningún caso excederá los 60 años. El plazo máximo de 60 años previsto en el TUO está regulado para concesiones que también comprenden la construcción y explotación de una infraestructura.

En el presente caso, es importante matizar la diferencia ya que, como hemos mencionado anteriormente, nos encontramos ante el caso de una concesión de infraestructura portuaria existente en el caso de TISUR, mientras que en el caso de DPW estamos ante una infraestructura portuaria nueva. Esto es muy importante porque si ambos contratos estipulan un plazo de 30 años para que el concesionario preste los servicios portuarios y disfrute del aprovechamiento económico; ¿dispondrán ambos concesionarios del mismo plazo?

Como señala Alejandro Manayalle, los concesionarios de construcción y explotación necesitan de un plazo mayor para recuperar sus inversiones¹¹⁸. Esto es lógico porque una cosa es tener el terminal portuario ya operativo para iniciar las operaciones, aun cuando debieran efectuarse algunas mejoras; mientras que distinto es el caso cuando no se tiene nada y se debe construir la infraestructura portuaria desde cero y luego recién operar. El problema se presenta porque el plazo de la concesión se computa desde la firma del contrato, que fue con fecha 2 de junio de 2006; mientras que el inicio de la operación se dio entre los meses de abril y mayo del año 2010¹¹⁹.

En el caso de DPW, habría que restarle casi 4 años de plazo efectivo de concesión, con lo que el verdadero plazo sería de 26 años, bastante menor que el plazo de TISUR, que si recibió infraestructura portuaria existente y, pese a que a la fecha ha realizado cuantiosas mejoras que han significado contar con un terminal en óptimas condiciones, este concesionario si ha gozado de los 30 años del plazo de concesión estipulado en el contrato. Esto llama aún más la atención si consideramos el hecho que las inversiones que demanda el contrato de concesión de DPW son mucho mayores que las del contrato de concesión de TISUR, por lo que a todas luces, es evidente que existe un aspecto a mejorar en nuestro ordenamiento jurídico respecto a las concesiones portuarias.

Podríamos inclusive complicar aún más las cosas si señalamos que el contrato de concesión de TISUR estipula que el plazo de concesión de 30 años es prorrogable, mientras que el plazo de concesión de DPW, que como hemos visto es menor a 30 años no es prorrogable ya que no contiene dicha disposición. Si bien es cierto que el contrato de concesión de TISUR se firmó en el año 1999, cuando aún no estaba vigente la Ley de puertos (LSPN) y sólo regían las normas del TUO, lo cierto es que con la entrada en vigencia de la LSPN, el artículo 16 del TUO queda sin efecto, ya que las concesiones son sólo por 30 años, pudiendo ser prorrogados por 30 años, de considerarse conveniente, más no de pleno derecho.

¹¹⁸ Ib., p. 263.

¹¹⁹ <http://www.apam-peru.com/documentacion/BIBLIOTECA/Presentaciones/muellesur.PDF>

De esta forma, y sin ánimos de prolongar más esta cuarta diferencia, que bien podría ser objeto de una investigación propia, creemos conveniente y necesario que las autoridades respectivas se pongan de acuerdo en los plazos a manejar para la entrega de concesiones portuarias, ya que como hemos señalado, es injusto, además de poco atractivo en términos económicos el hecho de tener que realizar un gran inversión y tener poco tiempo para recuperarla.

Recordemos que el interés del privado en participar en este tipo de concesiones va por el hecho de aprovechar una oportunidad y obtener beneficios económicos, los cuales serán mayores si cuenta con mayor plazo para recuperar su inversión. Y si este aspecto además, beneficiará al Estado, pues entonces debería contemplarse el tema de la prórroga en los contratos o que se respete lo estipulado en el Tuo en donde, se pueda llegar hasta los 60 años de concesión, dependiendo, claro está de cada caso.

Como quinta diferencia entre los contratos de concesión, trataremos un tema de vital importancia al momento de entregar alguna concesión al sector privado: **el factor de competencia**. Tal como lo señalan Lorena Alcázar y Rodrigo Lovatón, el factor de competencia es un tema central en la selección del concesionario. Algunas opciones comunes, utilizadas en los procesos de selección son: 1) El mayor precio o canon pagado al Estado; 2) El menor costo para el Estado para construir u operar la infraestructura; 3) El mayor monto de nuevas inversiones comprometidas; 4) El menor cargo de tarifas a los consumidores; 5) El valor presente neto más bajo de los flujos futuros de ganancias que obtiene el concesionario; y 6) El menor subsidio exigido al Estado para operar un servicio que genera pérdidas¹²⁰.

Podemos concluir entonces que la determinación del factor de competencia pasa por la decisión que toma el Estado, a través de la autoridad competente, a fin de determinar cuál es el requisito más importante que deba cumplir aquel postor que quiera hacerse con la concesión portuaria. Ello quiere decir que sin perjuicio de los requisitos técnicos (habilidades que debe poseer el postor y que demuestren su experiencia en la gestión de terminales portuarios) y los requisitos económicos (la solvencia patrimonial y

¹²⁰ ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Op. Cit., pp. 50.

facilidad para conseguir financiamiento) con los que debe cumplir el postor, este último debe también cumplir con aquel requisito que sea el factor determinante para elegir quien se adjudica finalmente la concesión de determinado puerto.

Bien es cierto que puede haber más de un inversionista privado que cumpla con las cualidades técnicas y económicas que se requiere para poder operar un terminal portuario, sin embargo, y con la finalidad de ver quién ganará el concurso al cual ingresarían; mediante el factor de competencia establecido, el gobierno podrá determinar y elegir cuál de estos postores cumple de la mejor manera y le garantiza el mejor servicio conjuntamente con el mayor beneficio, tanto para el Estado como para los usuarios; que es al final el motivo por el cual se decide concesionar una infraestructura portuaria.

Vemos entonces que el factor determinante por el cual uno de los postores gana la competencia pasa por el hecho de quien está más capacitado para ser más eficiente y darle mayor beneficio a la concesión en sí (que gane el privado, el Estado y los usuarios). Por ello, y para simplificar las ideas, podemos señalar que el factor de competencia debe promover la eficiencia económica.

Ahora pues, el asunto de la elección es todo un tema aparte y que bien podría ser parte de otra investigación; sin embargo, nuestra opinión sobre la elección de este factor pasa por el hecho de considerar cada puerto como una situación concreta y especial, por lo cual sería un error pensar que si un factor de competencia funcionó para el puerto A, pues entonces debería funcionar para el puerto B.

La autoridad gubernamental respectiva, en este caso la autoridad portuaria debe considerar si al momento de buscar un concesionario para determinado puerto, se busca privilegiar la atención que reciben los usuarios, o si el puerto puede crear nuevos mercados que permitan el desarrollo de la provincia o la región, o si es un puerto importante pero no fundamental por lo que necesitara cofinanciamiento de parte del Estado. Al evaluar cada una de dichas particularidades podrá determinar cuál es la opción que encaja mejor y ver si opta por cobrar menores tarifas a los usuarios, pedir una mayor inversión complementaria o pedir el menor subsidio. Cada requerimiento dependerá de cada puerto en particular.

Observamos que en el caso de TISUR, el factor de competencia fue el mayor precio que el concesionario pagara al Estado (TISUR pagó 9'680,000 millones de dólares); mientras que en el caso de DPW, el factor de competencia, inicialmente fue quien cobraba las menores tarifas a los usuarios, pero como hubo un empate entre dos postores, el factor de competencia final fue quien se comprometía a realizar la mayor inversión complementaria adicional (DPW ofreció 144 millones de dólares de inversión adicional).

Si bien no entraremos al detalle sobre si estas fueron las mejores alternativas para elegir el factor de competencia con el cual se adjudicaron las respectivas concesiones, si queremos enfatizar que aun cuando deberían haber diferencias al momento de elegir el factor de competencia de cada puerto que vaya a ser concesionado, lo que siempre se debe buscar obtener es aquel que permita conseguir el mayor beneficio para la colectividad.

En cuanto a la sexta diferencia, esta tiene que ver con lo **dispuesto en los contratos sobre la presencia del concesionario, el socio estratégico y el operador principal**. Por un lado, observamos que en el contrato de concesión de TISUR se requería en el concurso que existiera un concesionario y además un operador principal, pudiendo inclusive ser ambos una misma persona. Así pues, y de acuerdo al texto contractual, se presume que para la adjudicación del contrato, se presentó en la propuesta ganadora a un concesionario y además a un operador principal, ya que en la parte final del contrato se indica, mediante la corrección de un error material, el hecho que el concesionario y el operador del puerto serán la misma persona, por lo que asumimos que si dicha corrección fue efectuada en la versión final del contrato de concesión, es porque en la propuesta se designaba un concesionario y un operador principal.

Por otro lado, en el contrato de concesión de DPW, se establece, en la parte de definiciones y aclaraciones, que se busca incluir en el contrato a un socio estratégico, el mismo que deberá cumplir de manera independiente con los requisitos de precalificación exigidos en el concurso y que además deberá estar presente durante toda la vigencia de la concesión. Asimismo, se señala que este socio estratégico deberá poseer y mantener una participación que nunca podrá ser menor al 51%.

La intención del Estado es bastante clara: tener a un operador de primer nivel operando sus puertos. En ambos contratos se busca que exista un operador portuario calificado que cumpla con los requisitos de un operador de primer nivel y por ello lo plasma por escrito tanto en las bases de los concursos como en el contrato. Lo que llama nuestra atención es el hecho que no llame directamente a este operador especializado y que, justamente por no hacerlo, permita o pueda permitir que existan dos personas jurídicas llevando a cabo la concesión de los referidos puertos.

Vemos que no es el caso en ambos puertos, sin embargo, vuelve a llamar nuestra atención el hecho que en la concesión del puerto de Matarani, el concesionario y el operador principal sean la misma persona, cuando el concesionario del puerto de Matarani no cumplía, al momento de la concesión, con los requisitos de un operador de primer nivel. Pese a que la realidad demuestra que TISUR viene desempeñando la concesión de manera muy positiva, nuestra inquietud pasa por el hecho que se buscó estructurar un concurso queriendo tener un operador principal y un concesionario, de forma tal que se tuviera un administrador diligente de la mano de un operador especializado, y finalmente se terminó decidiendo que ambos fueran la misma persona, contraviniendo así la idea primaria.

En el caso de la concesión del terminal sur del puerto del Callao, el gobierno fue menos flexible y si especificó desde un primer momento, que deseaba contar con un operador especializado y que estuviera presente durante toda la vigencia de la concesión. Este operador es Dubai Ports World, quien curiosamente ostenta al día de hoy el 100% de la participación de la empresa concesionaria. Sin embargo, si revisamos los anexos del citado contrato de concesión, encontramos que al momento de firmarse el contrato, eran dos sociedades quienes se constituyeron como sociedades concesionarias¹²¹; lo que significa que hubo un concesionario además de un socio estratégico.

¹²¹ PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (APN). *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Op. Cit., pp. 111-112.

Pacto Social:

Los fundadores de la sociedad anónima son los siguientes:

P&O Dover (Holdings) Limited (en adelante “el socio estratégico”) y Uniport S.A., una compañía debidamente constituida bajo las leyes del Perú.

Los fundadores manifiestan expresamente su voluntad de constituir una sociedad anónima, que se denominará DP WORLD CALLAO S.A.

Lo que si queda claro, es que para el Estado era muy importante (en el primer contrato) la presencia de un operador de primer nivel; y era determinante (en el segundo contrato) la participación de un socio estratégico. Si bien en la actualidad ambas concesiones son llevadas a cabo por un solo operador que es a la vez el concesionario, se deja en claro que lo que se quiere es que la gestión de los puertos las realice el mejor operador posible.

Continuando con las diferencias entre los contratos de concesión estudiados, podemos citar como séptima diferencia, aquella que se refiere a la **licencia portuaria** (título habilitante que se requiere para llevar a cabo la operación del puerto). Como sabemos, la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN) define en su disposición vigésimo sexta, numeral trece a la licencia portuaria, especificando que se trata del acto administrativo mediante el cual la APN autoriza al promotor o administrador de un puerto o terminal portuario para prestar un servicio portuario, cualquiera sea su denominación, en la forma y condiciones establecidas en la presente Ley y su Reglamento, y en su caso, el contrato correspondiente.

Cabe matizar que dicha Ley (LSPN) fue publicada con fecha 28 de febrero del año 2003, esto es, después de la entrada en vigencia del contrato de concesión de TISUR pero antes de la firma del contrato de concesión de DPW; motivo por el cual se puede entender que exista diferencia entre uno y otro contrato.

Decimos esto porque nos sorprendió el hecho que la cláusula 5.8 del contrato de concesión de TISUR dispusiera que el concesionario deberá, inmediatamente después de la suscripción del contrato de concesión, obtener de la autoridad gubernamental correspondiente la licencia de operación; mientras que por su parte, el contrato de concesión de DPW establece en la cláusula 2.5 que, en vista a que el contrato de concesión es un contrato principal y de prestaciones recíprocas, y porque además se trata

El capital social con el que se constituye la sociedad es de S/. 330.00 representado por 330 acciones nominativas con derecho a voto, de un valor nominal de S/. 1.00 cada una, íntegramente suscritas y totalmente pagadas de la siguiente manera:

El socio estratégico suscribe 231 acciones y paga S/. 231.00 en efectivo.

Uniport suscribe 99 acciones y paga S/. 99.00 en efectivo.

de un terminal portuario de titularidad y uso público, no son de aplicación a la concesión las autorizaciones, habilitaciones y licencias que se requieren por Ley.

En opinión de esta investigación, debemos decir que estamos de acuerdo con esta diferencia implementada en el segundo contrato, ya que consideramos que la concesión es título habilitante suficiente para que el concesionario pueda operar y llevar a cabo la gestión del terminal portuario. Con esto no decimos que estemos en contra de lo dispuesto en la Ley. Todo lo contrario, cualquier iniciativa público-privada que busque operar y administrar un terminal portuario debe contar con la licencia y permisos respectivos descritos en la Ley; sin embargo, si estamos ante el caso de una concesión, en donde es el Estado quien toma la decisión de entregar al sector privado determinado puerto; pues entonces, una vez resuelto el concurso, aquel postor que se adjudique la buena pro debería tener, con la concesión en sí, título suficiente y justo que haga las veces de la licencia, con lo que no se debería exigir al concesionario que una vez que se adjudique la concesión, deba tramitar la licencia de operación respectiva.

Como octava diferencia, consideramos importante hacer referencia a la **prestación exclusiva de servicios que se lleva a cabo en los puertos concesionados**. Como bien hemos mencionado anteriormente, el modelo actual bajo el cual se estructuran las concesiones portuarias es el modelo *landlord port*, que es aquel en donde se entrega en concesión a la empresa privada por un largo plazo para que sea ésta quien preste, casi de manera exclusiva, los servicios portuarios que se dan en el puerto.

El tema de la exclusividad pasa por el hecho que como se requieren grandes inversiones de parte del inversionista privado, pues entonces se le permite (algunos dirán que se le premia) tener la exclusividad de todos – o casi todos – los servicios portuarios, de forma tal que recupere su inversión y sea un negocio rentable para ambas partes (Estado y privado).

Pudimos observar también que antes de pasar a este modelo, en el Perú se utilizaba el modelo *tool port*, en donde el Estado se reservaba para sí la prestación de los servicios esenciales portuarios dejando que los privados ofrezcan los demás servicios en libre competencia. La razón de ser de este modelo era que el Estado se lleve los mayores ingresos por concepto de prestar los servicios portuarios básicos, pero que deje espacio

para las empresas privadas del sector portuario, para que estas puedan crecer y ofrecer los demás servicios con mayor eficiencia (en base a la experiencia en el negocio).

No obstante, al entrar a competir con los demás puertos de la región, el Estado se da cuenta que existen operadores portuarios mucho más capacitados para prestar dichos servicios, pero que éstos no aceptarían un modelo como el *tool port*, por lo que tuvo que adecuarse al modelo *landlord port*. Esto porque ningún operador portuario de primer nivel aceptaría ser parte de una concesión en donde no preste todos o casi todos los servicios, hecho que le permitirá recuperar su inversión y además brindar el servicio con mayor eficiencia. Es por ese motivo que cuando se inicia esta etapa de concesiones portuarias, se decide hacerlo bajo el modelo *landlord port*, en donde el inversionista privado goza de exclusividad en la prestación de casi todos los servicios portuarios.

Empero, y como hemos mencionado, el Estado no puede cortarles las alas a las empresas nacionales del sector marítimo y portuario, que durante años funcionó y operó bajo el modelo *tool port*; lo que les permitió crecer y desarrollar experiencia para llevar a cabo dichos servicios con eficiencia. Es por ello que, en ambos contratos, encontramos que el Estado les da la exclusividad de casi todos los servicios portuarios, con algunas excepciones.

En el caso de TISUR, el contrato es claro en establecer en su cláusula 5.22 que el concesionario debe permitir a terceros calificados proporcionar el servicio de estiba y desestiba sin cargo ni discriminación alguna durante el plazo de vigencia de la concesión, a menos que Ositran determine lo contrario. Esto significa que TISUR está autorizado para prestar en forma exclusiva casi todos los servicios portuarios que se requieran en el puerto, esto es, que los usuarios deberán contratarlos con ellos sí o sí; salvo por los servicios de estiba y desestiba, que como vimos, son aquellos referidos al manipuleo de las cargas, tanto para el embarque como para el desembarque. Estos servicios de estiba y desestiba podrán ser dados en libre competencia, es decir, los usuarios podrán contratarlos con TISUR o con una tercera empresa.

Por su parte, en el caso de DPW, tenemos un caso similar, en donde el concesionario está habilitado, en virtud a la concesión a prestar todos los servicios portuarios que deban realizarse, con excepción de los servicios de remolcaje y practica

(asistencia a las naves para atracar y desatracar en los puertos), ya que dichos servicios podrán ser prestados en libre competencia (los usuarios podrán contratar los servicios de otras empresas); tal como lo dispone las definiciones y aclaraciones del contrato de concesión, al especificar que el contrato establece un derecho de ejecución y/o prestación exclusiva.

Así pues, vemos que ambos contratos se asemejan en el hecho que no otorgan la prestación exclusiva de todos los servicios portuarios a los concesionarios (quizás por un hecho de fomentar la industria marítima y portuaria nacional); pero se diferencian al momento de determinar qué servicio portuario es aquel que se da en libre competencia; ya que en TISUR la estiba y desestiba es el servicio donde no hay exclusividad, mientras que en DPW el remolcaje y practicaaje es el servicio que se da en libre competencia. Esta investigación está de acuerdo en otorgar casi todos los servicios, pero reservar algunos para la empresa privada nacional, ya que de esta forma se protege la industria nacional y se promueve su eficiencia.

Ya para finalizar, encontramos en la novena diferencia el tema relacionado a las **manifestaciones y garantías de las partes del contrato**. Recordemos que las manifestaciones y garantías son declaraciones, aserciones, afirmaciones y confirmaciones que realiza el vendedor a favor del comprador en relación con hechos generalmente relativos a la capacidad para firmar el contrato de compraventa y perfeccionar la transacción, acompañándose de un compromiso expreso del vendedor de mantener indemne al comprador por los daños y perjuicios que éste pueda sufrir como consecuencia de su falta de veracidad o incorrección, dentro de los límites que se establezcan en el contrato. Dicha técnica contractual tiene su origen en los sistemas del *Common Law*, de los cuales ha sido importada a nuestro derecho¹²².

Así pues, observamos que este concepto anglosajón de manifestaciones y garantías, el cual se usa principalmente para contratos de compraventa ha sido extrapolado de forma tal que pueda usarse en los contratos de concesión, en donde el vendedor es reemplazado por el concedente (Estado) y el comprador es reemplazado por

¹²² GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio. LARDIÉS NOGALES, Santiago. *El Capital Riesgo: Su Operativa*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2012, pp. 285-286.

el concesionario (privado) para que de esta manera puedan atribuirse las responsabilidades que correspondan. Es así que, el concesionario recibe del concedente (máximo conocedor del objeto del contrato de concesión) informaciones referentes al negocio que pretende adquirir, de forma tal que dichas informaciones serán un elemento decisivo en cuanto a la formación de voluntad del concesionario de adjudicarse la concesión. Por ello, la incorrección de las manifestaciones y garantías constituirá un supuesto de incumplimiento contractual de parte del concedente que dará lugar a la aplicación del sistema de responsabilidad acordado por las partes en el contrato de concesión.

Ello entonces podría explicar por qué vemos en ambos contratos que el Estado realiza una serie de manifestaciones y garantías que a primera impresión son muy contundentes y podrían desanimar al privado de adjudicarse la concesión. En el caso de TISUR, las cláusulas 12.1.2 y 12.1.3 son muy duras al expresar que el concesionario no podrá resolver ni obtener compensación alguna si se determinara que el terminal portuario no es apto para un propósito determinado, sin perjuicio que el concedente pudiera tener dicha información. En otras palabras, se está diciendo que si el Estado supiera que el puerto de Matarani no fuera apto para llevar a cabo las operaciones propias de un terminal portuario, TISUR no tendría derecho alguno de reclamo. El hecho de declararlo expresamente en el contrato estaría blindando y protegiendo al Estado.

Por su parte, en el caso de DPW, se indica que se considerara que se ha incurrido en un supuesto de incumplimiento en caso el concesionario no cumpla con sus obligaciones; mientras que en el caso del Estado, se estipula claramente que si el Estado no cumple pero demuestra haber realizado el mejor de sus esfuerzos, pues entonces dicho acto o conducta no será considerado incumplimiento. Ahí también va la importancia de tenerlo declarado en el contrato.

Si bien estamos de acuerdo con que el Estado debe estar completamente protegido y blindado, creemos que tales extremos debilitan la relación contractual, la cual debería ser una paritaria y de prestaciones recíprocas. En ese orden de ideas, si bien si estamos de acuerdo con que se incluyan manifestaciones y garantías en los contratos, somos de la opinión que la asimetría en las mismas no debería ser tan amplia, porque el Estado no le está haciendo un favor al inversionista privado al entregarle en concesión

determinado puerto, ya que puede recibir un pago inicial, o el beneficio de sus usuarios por tener menores tarifas y ser más competitivo, además de tener un puerto más eficiente y sin que le cueste dinero del tesoro público. Por ello, creemos que si bien las manifestaciones y garantías deben proteger al Estado, también deben proteger y sobre todo incentivar a que el privado quiera adjudicarse la concesión.

Asimismo, y antes de terminar con este punto, no podemos dejar de señalar el hecho que en el contrato de DPW el Estado establece una garantía de demanda mínima, mientras que no lo hace en el contrato de TISUR. Así pues, el Estado garantiza a DPW que pase lo que pase con el tráfico comercial marítimo, DPW tendrá garantizado sí o sí el equivalente pecuniario a una demanda de 300 mil contenedores para el caso de las operaciones de importación y exportación, y 100 mil contenedores para el caso de las operaciones de transbordo; con lo que en el supuesto de un mal año (económico) para el puerto, en donde llegaran menos contenedores a los anteriormente referidos, el Estado cubriría el saldo hasta llegar a la demanda mínima pactada.

Sobre este punto, debemos precisar que nos parece bien que el Estado quiera incentivar la participación de operadores portuarios de primer nivel en nuestros puertos y que para ello recurra a este tipo de técnicas, de forma tal que se vean motivados a ingresar a nuestro país; sin embargo, si hemos visto que la idea de la concesión es evitarle gastos innecesarios al Estado para que éste pueda destinar dichos fondos y recursos a otros aspectos igual o más importantes, y en donde no hay participación del privado; pues entonces no debería proceder el hecho de cubrir pérdidas que pudiera tener el privado, o garantizarle un monto mínimo para que la operación le resulte atractiva.

Para ello existe una autoridad gubernamental competente para que estudie y tenga una idea aproximada de los requerimientos y funcionamiento del puerto, y que en caso vea que no es tan atractivo, pues entonces deba ajustar sus requisitos en las bases del concurso y quizás ofrecerlo a operadores portuarios buenos, pero no necesariamente de primer nivel. Ya hemos visto que en el caso de TISUR, se cuenta con un operador portuario de gran calidad que no tiene, necesariamente la misma experiencia que DPW, y sin embargo viene realizando un excelente trabajo.

Asimismo, hemos visto que a la fecha, el terminal sur del puerto del Callao viene funcionando de tal manera que no ha sido necesario activar la cláusula de la demanda mínima garantizada, dado que ésta ha sido superada con creces. Además, el tener este tipo de cláusulas en algunos contratos y no tenerlas en otros podría originar ciertos reclamos de algunos postores en futuras concesiones; por lo que somos de la opinión de curarnos en salud y evitar este tipo de cláusulas a futuro.

Y en último lugar de las diferencias, como número diez, trataremos aquella referente al **arbitraje y solución de controversias**. En este supuesto, aun cuando en ambos contratos se estipula el arbitraje como método a utilizar para la solución de controversias, la diferencia nuevamente se da en la importancia que tiene cada contrato para el Estado.

De esta forma, en el caso de TISUR, se establece una diferenciación entre controversias técnicas y controversias no técnicas. Si fuera técnica, será resuelta por peritos; mientras que si fuera no técnica será resuelta por un arbitraje. Si el monto de la controversia no técnica fuera igual o menor al millón de dólares, será un arbitraje nacional. En caso sea superior a ese monto, pues entonces será un arbitraje internacional.

Por su parte, en el caso de DPW, opera de la misma manera, con la salvedad que el monto para determinar si se trata de un arbitraje nacional o internacional será de cinco millones de dólares. Sólo por encima de ese monto el arbitraje será internacional, de lo contrario será nacional.

Nuevamente, no entendemos la razón de estas diferencias al momento de redactar los contratos por parte del Estado. Es natural que surja la pregunta, ¿Qué sucedería si el monto controvertido es mayor a cinco millones de dólares, pero solo se excede porque las inversiones a las que se obliga DPW son mayores a las de TISUR, y sin embargo, el fondo de la controversia sería el mismo que podría tener TISUR pero con un monto inferior al millón de dólares? ¿Justifica entonces que por un mismo problema una de las partes acuda al fuero internacional mientras que la otra parte tuviera que arreglárselas en la jurisdicción local? ¿No supone esto acaso mayores gastos para el Estado, más aun si pierde el arbitraje en sede internacional? ¿Nuestros árbitros no están acaso capacitados para atender un mismo problema, solo que con una cuantía más alta?

Entendemos y respetamos que ciertas controversias deban resolverse mediante arbitrajes internacionales, sin embargo, somos de la opinión que podría determinarse una cuantía referencial, de forma que cuando se estuviera frente a una controversia no técnica de determinada cuantía, no quede duda alguna para recurrir al arbitraje internacional.

3.5 Conclusiones del tercer capítulo.

1. El sector portuario se ha visto obligado a modernizarse en las últimas décadas. El incremento de la competencia en el comercio internacional, sumado a la disminución de tarifas, ha obligado al cambio, sobretodo en puertos como los de América Latina, en donde la característica principal eran los pobres desempeños en términos de eficiencia y una participación casi exclusiva del Estado. Es así que en el Perú, desde el año 1999 hasta el año 2014, el Estado decide concesionar 6 terminales portuarios (Matarani, la zona sur del puerto del Callao, Paita, la zona norte del puerto del Callao, Yurimaguas y Pisco) a distintos consorcios, formados en su mayoría por empresas extranjeras, pero casi siempre contando con la presencia de una sociedad peruana (salvo en la concesión del puerto de Pisco), para de esta manera, no quedarse relegado en los cambios que vienen ocurriendo en la industria portuaria; con lo que podrá permitir el ingreso de operadores portuarios más eficientes, a través de las concesiones portuarias.

2. Existen diversas maneras de organizar un puerto, sin embargo podemos destacar de modelos de organización: *Service Port*; *Tool Port* y *Landlord Port*. Estos tres modelos buscan, a través de la participación privada, el incremento de la eficiencia en la prestación de los servicios y la reducción de costos para los usuarios. De esta forma, en el modelo *Service Port*, el Estado es el responsable del puerto como conjunto y se encarga de ofrecer servicios necesarios para su funcionamiento. Lo positivo de este modelo es la posibilidad de ofrecer en forma integrada los servicios, lo cual puede redundar en menores tarifas para los usuarios, sin embargo, la competencia en el mercado podría reducirse o ser casi nula, lo que sería una fuente potencial de ineficiencia. Por su parte, el modelo *Tool Port* es aquel donde el Estado es el responsable de los

servicios básicos o esenciales del puerto. Sin embargo, la provisión de servicios especiales e inclusive algunos esenciales son provistos por operadores privados. La ventaja es la introducción de la competencia mediante la presencia de distintos operadores. La desventaja por su parte, consiste en la división de responsabilidades operativas y que los operadores son empresas pequeñas sin mucha inversión en activos. Finalmente, en el modelo *Landlord Port*, el Estado es propietario del puerto pero lo entrega en concesión a empresas privadas, generalmente a largo plazo, para que éstas se hagan cargo de la operación y mantenimiento del puerto, teniendo casi en exclusividad la prestación de los servicios.

3. Dentro de los servicios portuarios podemos diferenciar 2 tipos de servicios: servicios a la nave y servicios a la carga. Dentro de los servicios a la nave, destacan el de ayudas a la navegación, practicaje, remolcaje, amarre y desamarre, uso de amarradero y agenciamiento. Por su lado, dentro de los servicios a la carga destacan el uso de muelle, la estiba y desestiba, la transferencia y manipuleo y la consolidación y desconsolidación. Sin embargo, en la práctica, lo que realmente sucede es que los principales servicios mediante los cuales el operador privado recupera las inversiones son aquellos relacionados al uso de amarradero (servicios a la nave) y al uso de muelle (servicios a la carga).

4. El factor de competencia para determinar que operador privado se quedaría con la concesión del puerto de Matarani consistió en quien ofrecía el mayor precio sobre el puerto, o en otras palabras, que postor pagaba más al Estado para hacerse con el terminal portuario. En este caso en particular, y en vista a que TISUR fue el único postor, se cumplió con pagar la suma de US\$ 9'680,000.00; lo que, sin perjuicio de debatir sobre si fue el mejor factor de competencia que se pudo asignar, sí nos permite señalar que se olvida el hecho que la concesión no tiene como fines conseguir ingresos para el Estado, sino buscar una posición que genere beneficios a todos los involucrados con la gestión del puerto.

5. Las mejoras voluntarias son aquellas no contempladas específicamente en el contrato de concesión, pero que tienen por objeto atender

nuevas demandas y el optimizar operaciones en el terminal portuario. Consideramos como un punto importante el hecho que el contrato haya previsto que la mejor forma de determinar la aplicación de las mejoras deba darse en función a la demanda. No obstante, el hecho de darle dicha libertad al concesionario ha tenido un efecto positivo porque TISUR, sin verse obligado por el contrato, ha decidido invertir 100 millones de dólares para la construcción de un nuevo amarradero, lo que le significará un mayor aprovechamiento económico y una mayor satisfacción para los usuarios del puerto.

6. Las cláusulas 12.1.2 y 12.1.3 del contrato de concesión del puerto de Matarani señalan que el Estado no garantiza en forma alguna la exactitud de la información transmitida al privado y especialmente no garantiza que el terminal portuario este apto y sea adecuado para cualquier propósito en particular. En consecuencia, el operador privado no puede resolver el contrato por este aspecto así como tampoco pedir ser indemnizado por ello. Este tipo de cláusulas deberían ser inaceptables en este y cualquier tipo de contrato. La concesión ni busca generarle ingresos al Estado así como tampoco poner al privado en una situación de desventaja. Se busca que ambas partes estén en una situación donde los dos puedan ganar y además, permitir que terceros se beneficien de dicha ganancia. Si se logra una mejor y más justa asignación de riesgos, no habría necesidad de incluir cláusulas como éstas que lo único que hacen es desincentivar la inversión.

7. En relación a las garantías ofrecidas por el Estado en el contrato de concesión con DPW, sorprenden 2 aspectos: El primero tiene que ver con que el Estado redacte una cláusula en donde indica que realizará su mejor esfuerzo o que realizará todas las gestiones y coordinaciones que fueran pertinentes, mientras que al concesionario se le exige que cumpla con sus obligaciones, lo que da a entender que si el concesionario no cumple incurriría en un supuesto de incumplimiento, mientras que si el Estado no cumple pero acredita haber realizado su mejor esfuerzo, no incurriría en un supuesto de incumplimiento. El segundo aspecto tiene que ver con el hecho que el Estado haya garantizado al privado una demanda mínima anual de 300 mil contenedores de importación/exportación y 100 mil contenedores de transbordo durante los

primeros 10 años de la concesión, lo que significa que si el concesionario tuviera un movimiento económico y comercial menor al descrito, el Estado cubrirá dichos montos, con cargo al pago pro retribución que efectúa el concesionario al Estado. Nuevamente, consideramos que se vulneran los principios básicos de la figura de la concesión.

8. De acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 3 – “Niveles de Servicio y Productividad”, la duración de operaciones individuales no puede ser mayor a 30 minutos; así como el plazo entre iniciar la operación desde que la nave atraca, así como ejecutar el zarpe de la nave cuando terminan las operaciones no puede exceder de 20 minutos. En relación a las grúas pórtico, deben mover como mínimo 25 contenedores por hora. En caso no cumplan con los niveles de servicio y productividad indicados, serán sujetos a las penalidades expuestas en el contrato. Por su parte, el Anexo 4 del contrato es aquel que define los “Parámetros Técnicos de Cumplimiento Obligatorio para las Obras y Equipamiento”, y en donde se especifica que la tasa de ocupación del muelle no podrá ser superior al 70% en relación entre el tiempo total de ocupación anual de los amarraderos y el tiempo anual de disponibilidad; lo que significa que cuando se llegue al 70% de ocupación, el concesionario deberá tener operativa la nueva infraestructura portuaria y/o equipamiento adicional.

9. Las cláusulas 15.5 y 15.1.5 de los contratos de concesión del puerto de Matarani y el terminal sur del puerto del Callao, respectivamente, contemplan la resolución unilateral por parte del Estado. En cualquier momento y a su sola discreción, el concedente podrá resolver la concesión y recuperar el control del terminal portuario mediante notificación al concesionario con 6 meses de anticipación. Estamos en contra de esta disposición porque vulnera la naturaleza jurídica de la concesión. Si las causales de caducidad se encuentran bien delimitadas en los respectivos contratos, y la idea principal es conceder la gestión del servicio a un operador especializado; si éste no lo hiciera bien, pues debería aplicársele lo dispuesto en el contrato y de ser el caso, sancionarlo o resolverlo. Pero, si fuera el caso que viniera realizando una buena gestión y el Estado a su sola discreción da por finalizada la concesión; que seguridad jurídica le puede

generar al privado, y más importante aún, que imagen da el país frente a potenciales inversionistas.

10. No debería darse el mismo trato a las concesiones de infraestructura portuaria existente que a las concesiones de infraestructura portuaria nueva. TISUR es un claro ejemplo de infraestructura portuaria existente mientras que DPW es un claro ejemplo de infraestructura portuaria nueva. Evidentemente, el caso de la infraestructura portuaria nueva demandará mayores inversiones, así como mayor asunción de riesgos, por lo que nuestro ordenamiento jurídico deberá marcar algunas diferencias entre ambas, como por ejemplo respecto a temas como plazos y sus renovaciones o respecto a la transferencia del riesgo; aspectos con los que lamentablemente no se cuentan a la fecha.

11. Los contratos de concesión, tanto de TISUR como DPW estipulan un plazo de 30 años, sin embargo, en la realidad, los concesionarios no reciben el mismo plazo. Tal como ya mencionamos, al ser DPW una infraestructura portuaria nueva, requiere de determinado plazo para construir y poner operativo el terminal portuario, pero, dicho plazo corre desde la suscripción del contrato, con lo que los 30 años de plazo se convierten en 26 años de plazo efectivo; muy distintos a los 30 años de los cuales si goza TISUR por tratarse de infraestructura portuaria existente. Al comprometer una mayor inversión, así como también un mayor riesgo, es evidente que la recuperación de las inversiones podría tardar un poco más, por lo que lo justo sería que dicho operador privado contara con un plazo un tanto mayor o en su defecto el mismo plazo, es decir los 30 años que se le otorgan a los otros concesionarios. Otro aspecto que puede ser mejorado en nuestra legislación sectorial.

12. El mecanismo de solución de controversias de ambos contratos de concesión se encuentra regulado por el arbitraje. Si bien en ambos contratos se ha especificado que las controversias técnicas serán resueltas por peritos, las controversias no técnicas serán resueltas mediante un arbitraje de derecho. Hasta este punto no habría ninguna novedad, salvo aquella presentada en la

determinación de las cuantías de las controversias, para poder definir si el arbitraje será nacional o internacional. En el caso de TISUR, si la cuantía fuese menor o igual a 1 millón de dólares, el arbitraje será nacional, de lo contrario, será internacional. En el caso de DPW sucede lo mismo, sólo que varían los montos: si la cuantía es menor o igual a 5 millones de dólares, el arbitraje será nacional, de lo contrario será internacional. Sorprende este hecho porque bien podría darse el caso de tratarse de un mismo problema de fondo pero con distintas cuantías producto de las obligaciones de inversiones respecto a las cuales se ven obligadas las partes. En ese orden de ideas, no justifica que en un caso se recurra al arbitraje nacional mientras que en el otro se recurra al arbitraje internacional. Consideramos que la determinación de una única cuantía, que aplique de igual forma para ambos contratos podría ayudar a solucionar estos impases y permitir delimitar un único criterio.

CAPÍTULO 4: MEJORANDO LO BUENO. HACIA UNA OPTIMIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONCESIONES PORTUARIAS.

4.1 Consideraciones preliminares

En este último capítulo de la investigación, buscaremos abordar 4 puntos que consideramos importantes para poder mejorar, aún más, lo bueno que se ha ido realizando en relación a las concesiones portuarias en el país. En ese orden de ideas, la mayoría de los argumentos que se expondrán serán consecuencia de las investigaciones e interpretaciones realizadas a lo largo del presente trabajo de investigación, ya que lamentablemente, no existe mucha doctrina que pueda sustentar los referidos argumentos, y también porque, creemos que esta es la parte en donde se deben proponer hechos e ideas que tengan cierta relevancia, tanto fáctica como jurídica y puedan aportar, al menos en algo, para el desarrollo de la figura jurídica de la concesión.

Así pues, empezaremos hablando sobre un tema respecto al cual, en temas de derecho se ha escrito poco o nada: el factor de competencia. Buscaremos entender qué es, para que sirve y que utilidad tiene en las concesiones portuarias que ya han sido otorgadas a los inversionistas privados, y como es que podría optimizarse para así poder lograr una concesión más eficiente.

Luego, entraremos a una discusión que quizás pudiera confundir un poco al lector, habida cuenta que dejaremos un poco de lado el sector portuario para pasar un poco más al sector marítimo, pero siempre respetando los límites y alcances de la presente investigación. Por ello, y con la finalidad de poder hacer entender como optimizar las concesiones portuarias, sin que nos desviemos de los objetivos que nos pudiéramos trazar, hablaremos un poco respecto a los tipos de carga que se mueven a través de los

terminales portuarios (carga doméstica y carga de transbordo) y analizaremos la problemática de los puertos hub, su zona de influencia y todo lo que ello implica; lo cual nos permitirá entender que, si bien el primer paso que se ha dado, esto es, concesionar los servicios públicos portuarios al sector privado ha sido un acierto, pues ahora el segundo paso debería ser enfocar dicho objetivo y mejorar los rendimientos alcanzados en este rubro para seguir contribuyendo al desarrollo del país.

Más adelante, seguiremos inmersos en el negocio marítimo y presentaremos la propuesta de la presente tesis, en donde en base a todo lo investigado y lo expuesto, tomaremos como sustento el buen camino que se ha recorrido en los últimos quince años en materia de concesiones portuarias, y buscaremos contribuir, humildemente, con nuestro granito de arena, sugiriendo una forma mediante la cual el Estado puede seguir desarrollando infraestructura portuaria sin que se comprometan recursos públicos y además, pudiendo atraer a grandes operadores. Para ello, trataremos otra figura del negocio marítimo, como lo es el cabotaje, y expondremos, de acuerdo a nuestro criterio, como es que esta figura, conjuntamente con algunas modificaciones normativas en la legislación vigente (aporte jurídico) puede ayudar a tener mejores concesiones y a la vez más competitivas, que además generen un escenario en donde todos los involucrados puedan beneficiarse.

Finalmente, y para terminar con el capítulo y la investigación, realizaremos un análisis, a modo de opinión, en donde expresaremos si estamos de acuerdo con dos aspectos: 1) La legislación de concesiones vigente; y 2) La política portuaria que ha asumido el Estado en estos últimos 15 años. Esto nos permitirá saber dónde nos encontramos y hacia dónde vamos, de forma tal que, como corolario de esta investigación podamos identificar si hay aspectos legales que pudieran ser mejorados y si esta investigación puede servir para ello; y también, el hecho de formarnos una opinión respecto a la conducta del Estado en relación a las concesiones y la política portuaria en general; y así concluir, como en los capítulos previos, con las conclusiones del capítulo.

4.2 Delimitación del factor de competencia

Partiendo del supuesto que el Estado estuviera dispuesto a continuar con su política de concesiones, y con ello, continuar privilegiando la experiencia y eficiencia del operador portuario privado, para que sea éste quien lleve a cabo la gestión y dirección de los puertos, y sin que esto signifique un costo adicional para las arcas del tesoro público; una de las primeras interrogantes que surgiría sería sin lugar a dudas la siguiente: ¿a quién le concesiono?

Si bien dar respuesta a esta interrogante es muy importante, somos de la opinión que para poder realizarlo, otra debería ser la primera pregunta que debiéramos formularnos, de forma tal que al ser contestada, no sólo sabríamos a quien, sino también como hacerlo. En ese orden de ideas, la primera pregunta que consideramos deberíamos hacernos es: ¿Cómo debo concesionar?

Privilegiamos el “cómo” sobre el “quién” por el hecho que, como ya hemos venido repitiendo a lo largo de la investigación, cada puerto es una historia distinta¹²³, con sus propias particularidades, por lo que habrá que conocer y atender cada una de ellas para determinar que es aquello que más le conviene, y en base a ello determinar cómo se realizará la concesión, con lo que finalmente se sabrá a quién otorgársela.

Es aquí donde entra a tallar la importancia del factor de competencia. Como ya lo mencionamos en el numeral 3.4.2 del capítulo anterior; el factor de competencia es un elemento importante y decisivo al momento de entregar en concesión determinada obra y/o servicio público al sector privado. Asimismo, y como ya se vio, en el análisis de los contratos de las concesiones portuarias de Matarani y el Callao, los factores de competencia fueron distintos, siendo en el primer caso quien pagaba el mayor precio por

¹²³ Al señalar que cada puerto es una historia distinta, lo que queremos decir es que no es lo mismo concesionar el puerto del Callao, que concesionar el puerto de Matarani o Paita; y ni que decir de los puertos de Salaverry o Chimbote. Si bien el escenario ideal pasa, al momento de delimitar el factor de competencia, por solicitar la menor tarifa para el usuario, esta técnica será más conveniente y eficiente si el puerto a concesionar tiene un alto flujo de movimiento comercial (como lo es el caso del Callao), lo que permite tener altas rotaciones y mucho movimiento, con lo que sí es más posible recuperar las inversiones teniendo una tarifa más baja. Este mismo factor de competencia no sería muy recomendable en puertos de menor tráfico comercial, como lo son Salaverry y Ancash, porque al contar con un menor flujo de carga, no habrían suficientes recursos para recuperar las inversiones que se tuvieran que realizar, por lo que sería contraproducente cobrar una menor tarifa. Vemos pues, que no siempre el mejor escenario es aplicable para distintos puertos.

la concesión, mientras que en el segundo caso quien se comprometía a realizar la mayor inversión complementaria adicional.

A la luz de los hechos, podríamos concluir señalando que, en los dos contratos de concesiones portuarias estudiados, el Estado determinó el “cómo” para finalmente saber a “quién” le entregaría en concesión sus respectivos puertos. En el caso del puerto de Matarani, el “cómo” que privilegió el Estado fue que postor le pagaba la mayor cantidad de dinero por adjudicarse la concesión del puerto. Vemos pues que fue TISUR quien pagó la mayor cantidad y de esa manera se adjudicó la concesión. Por su parte, en el caso del puerto del Callao, el “cómo” que privilegió el Estado fue que postor se comprometía a destinar la mayor inversión complementaria adicional a las obras a realizarse en el terminal portuario para así adjudicarse la concesión portuaria. Fue finalmente DPW quien ofreció la mayor cantidad de dinero como inversión complementaria adicional, motivo por el cual es el actual concesionario del terminal sur del puerto del Callao.

Vemos que efectivamente, se privilegia el “cómo” antes que el “quién”, ya que una será consecuencia de la otra. Sin embargo, como hemos repetido, no queremos entrar a una discusión, que bien podría describirse como filosófica, sobre si el Estado hizo bien en asignar dichos factores de competencia como los más idóneos para el otorgamiento de las respectivas concesiones. Algunos podrán decir que en el caso del puerto de Matarani, el Estado sólo pensó en sí mismo (dejando de lado a los usuarios) al privilegiar quien realizaba el mayor pago por hacerse con la concesión del puerto, dotando de mayores recursos las arcas del tesoro público.

Otros por su parte, dirán que la voluntad final del Estado fue solicitar el mayor pago por la entrega en concesión del puerto, ya que significaba el costo de oportunidad de dejar de operarlo, y en consecuencia, dejar de percibir ingresos lo cual le generaría una situación de empobrecimiento con lo que no tendría los suficientes recursos para realizar las diversas obligaciones que tiene como Estado; con lo que, al pedir una importante suma de dinero, está pensando en la población en general y en poder realizar obras para los ciudadanos.

Mientras que en el caso del puerto del Callao, algunos dirán que el Estado sí pensó en la población al requerir la mayor inversión complementaria, con la cual se podrán realizar obras distintas a aquellas inherentes al puerto y su desarrollo; con lo que habría un beneficio tangible para la población¹²⁴. Otros en cambio, argumentarán que el Estado exige la mayor cantidad de dinero para realizar obras complementarias y adicionales al puerto, pero que finalmente dicho dinero no se refleja en obras tangibles con lo que le entrega un activo importante (el terminal sur del puerto del Callao) a aquel postor que tiene más dinero.

Son muchas las opiniones que se pueden suscitar y por ello no es nuestra intención entrar a discutir respecto a si dichos factores de competencia fueron los que realmente necesitaban dichos puertos. Pero, si de todo lo mencionado ha quedado algo claro, es el hecho que se necesita conocer la idiosincrasia del puerto, y se tiene que contar con un elemento clave y decisivo para entregar en concesión determinado puerto.

En consecuencia, mal haríamos en proponer o sugerir que el factor de competencia para la entrega en concesión de determinado puerto deba ser este o aquel; porque ello dependerá de muchas aristas como por ejemplo si se tratara de un puerto primordial para el comercio exterior del Estado; o si se tratara de un puerto alimentador que sirva de intermediario para el comercio entre dos o más regiones; o si simplemente la actividad portuaria es la principal actividad económica de dicha región. Creemos que el Estado cuenta con una entidad como la APN para que pueda realizar un estudio respectivo de cada puerto del país, y la influencia política, económica y social que representa en su ámbito geográfico de influencia. Una vez definido dicho punto, podrá entonces determinar qué aspecto le conviene a dicho puerto para poder asignar un factor de competencia y así elegir a un operador portuario privado idóneo para el respectivo puerto.

Si bien es cierto que como Estado siempre vamos a querer tener al mejor operador portuario posible, hay que entender que a veces el mejor jugador no tiene por

¹²⁴ El mejoramiento de una vía como la avenida Néstor Gambetta: Antes de la concesión del Terminal Sur del puerto del Callao era una vía (en muy malas condiciones) con solamente dos carriles (uno de ida y uno de vuelta), ahora es una autopista, de impecables condiciones, con tres carriles de ida y tres carriles de vuelta; es una clara evidencia del beneficio obtenido por el Estado al solicitar como factor de competencia la mayor inversión complementaria.

qué ser necesariamente la mejor opción. Así pues, por citar un ejemplo, si quisiéramos dar en concesión un puerto de segundo orden en nuestro país, como bien podría ser el puerto de Chimbote o el puerto de Salaverry, no podemos pretender que los mejores operadores portuarios mundiales, como DP World o APM Terminals se presenten a dichas licitaciones, por más que nosotros como Estado queramos contar con los mejores.

Por el simple hecho de ser líderes en la industria portuaria, estarán tentados a ingresar a un proyecto que les ofrezca una alta rentabilidad, que dichos puertos, en teoría no podrían ofrecérselas. Asimismo, si quisiéramos realizar una reingeniería de dichos puertos, se requeriría una importante inversión que tendría que ser recuperada con cargo a las tarifas por la prestación de los servicios portuarios esenciales; y en vista a que el tráfico marítimo en dichos puertos es bastante menor (comparado con el puerto del Callao, por citar un ejemplo), este negocio no resultaría atractivo para dichos operadores. Si bien se puede concesionar mediante “paquetes”, tema que veremos más adelante, lo que deseamos indicar con este ejemplo es el hecho que, para delimitar el factor de competencia, hay que conocer la realidad del puerto y su zona de influencia, así como entender que dichas políticas se tienen que diseñar de forma que todos los involucrados (Estado, privado, usuarios y público en general) salgan ganando, o que por lo menos no pierdan. Entonces el mejor operador no sería la mejor opción para una concesión de tal tipo; con lo que se refuerza la importancia en la delimitación del factor de competencia, ya que conociendo la idiosincrasia del puerto así como sabiendo que es lo que realmente se quiere y más importante aún, sabiendo que es lo que se necesita, se puede tener al operador más eficiente para cada puerto.

El descuidar este aspecto podría tener implicancias negativas en un óptimo diseño de las concesiones, ya que, como bien señala Guasch, cuando una concesión se adjudica mediante un proceso competitivo, la decisión versa sobre la selección de los criterios para su adjudicación entre los ofertantes interesados¹²⁵ – o en otras palabras, la delimitación del factor de competencia. Asimismo, sostiene Guasch que la regla debería ser la adjudicación de concesiones mediante procesos competitivos, es decir, mediante subastas implementadas de la manera más transparente posible; ya que casi el 50% de

¹²⁵ GUASCH, José Luis. *Concesiones en infraestructura. ¿Cómo hacerlo bien?* Barcelona: Banco Mundial. 2004, p. 126.

todos los contratos se renegocian dentro de los tres años de adjudicada la concesión, y por lo menos la mitad de los operadores adoptan una postura oportunista en detrimento de los usuarios del servicio¹²⁶.

En tal sentido, la propuesta de esta investigación en relación a la delimitación del factor de competencia está en relación a orientarlo hacia una “competencia por el mercado”. Regularmente, somos testigos de casos en donde la competencia se produce en el mercado, esto es, cuando dos o más sociedades se encuentran en plena competencia mientras ya prestan el servicio, como bien podría ser el caso de las sociedades DP World Callao y APM Terminals Callao, quienes se encuentran en competencia directa por la carga contenedorizada de exportación/importación y transbordo del puerto del Callao.

Como bien hemos mencionado en el capítulo 1 de la presente investigación, la competencia no sólo es buena sino que además debe ser fomentada por el Estado ya que nos permite tener productos y servicios de mayor calidad al obligarnos a ser más competitivos. La competencia favorece enormemente al consumidor y usuario del servicio porque al tener más de una opción para elegir un producto y/o servicio, elegiremos aquél que se encuentre en mejores condiciones (calidad, precio, servicio); y esto se logrará a partir de la competencia impartida en el mercado. Por el contrario, si solo hubiera un productor u oferente, éste podría caer en un grado de pasividad al saber que es el único comerciante que ofrece el producto, con lo que no tendría mayores incentivos para mejorarlo al saber que siempre contará con una demanda cautiva. Sin embargo, al ingresar otro competidor al mercado, tendrá que estar en constante competencia, ya sea para mejorar la calidad de su producto o servicio, o para ajustar el precio y ser más atractivo.

Así pues, somos de la idea de que si pudiéramos llevar este concepto al momento *ex ante* de otorgar la concesión a determinado postor, también podríamos lograr una situación donde se creen mayores beneficios, no solo para el Estado y el privado, sino también para los usuarios del servicio y el público en general. De esta manera, y tal como lo postulan Ricardo Paredes y José Miguel Sánchez al hacer referencia a la “competencia por el mercado”, en una competencia *ex-ante* las firmas competirían por el derecho a ser

¹²⁶ *Ib.*, p. 131.

monopolio y bajo ciertas circunstancias el resultado será precisamente aquél que se logra en un equilibrio de segundo mejor. Un ejemplo de este mecanismo de competencia ex-ante, que se ha empezado a usar extensivamente en distintos países, es el de la licitación de concesiones. En algunos casos de construcción de obras públicas, como túneles, puentes, etc., hay claras características de monopolio natural, es decir, no es posible ni conveniente que haya competencia. El mérito de esta línea conceptual iniciada por Demsetz (1968), es que no es necesario regular tarifas si es que previo a la conformación del monopolio se permite la competencia. Así por ejemplo, en el caso que se decida construir un túnel que tendrá características de monopolio, en lugar de regular la tarifa una vez que este ha sido construido, se puede licitar el derecho a construirlo, dándosele a quien esté dispuesto a cobrar menos por el uso del túnel. De esta forma, no hay competencia posterior a la construcción del túnel, pero se garantiza que el precio por pasada será el menor posible¹²⁷.

Podría confundir al lector el hecho que se haya hablado de competencia y luego se estructure un ejemplo en base a un monopolio. Sin embargo, y como repasamos en los capítulos 1 y 3 de la presente investigación, en la actualidad, los servicios portuarios se están entregando bajo la modalidad del *Landlord port* (puerto propietario) en donde, ya sea por razones de interés o por eficiencia económica, es más rentable, tanto para el Estado como para el inversionista privado, que la concesión sea gestionada por un solo operador, en vista a las grandes inversiones comprometidas, sumado al plazo de la concesión y el retorno de la inversión.

Es así que se entrega en concesión a un solo operador para que éste pueda prestar casi la totalidad de servicios, salvo algunos que se estipulan se brindarán en libre competencia. De esta forma el privado puede desplegar toda su experiencia en la gestión del puerto y además, recuperar, mediante el cobro de las tarifas, las inversiones comprometidas. Asimismo, y por tratarse de un servicio público, también puede presentarse el caso que la concesión sea llevada a cabo como si se tratase de un monopolio natural, ya que será más eficiente, para todos los involucrados, que sea sólo un agente que preste el servicio en lugar de dos o más. Si bien es cierto que existen excepciones,

¹²⁷ PAREDES, Ricardo. SÁNCHEZ, José Miguel. *Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación*. Lima: Maestría en Derecho UPC, Regulación Económica. 2009, p. 15.

como la que hay actualmente en el puerto del Callao, en donde se concesionan terminales, de forma tal que un mismo puerto existen dos operadores, el caso es que, como su nombre lo dicen, son excepciones a la regla.

En el Perú, por lo general, lo que se ve es que los puertos funcionan como si se tratasen de monopolios; y por ello es que existe un regulador como lo es OSITRAN, tal como lo vimos en el capítulo 2 de la presente investigación. Y esa es la razón por la que se hace más importante el hecho de introducir una cuota de competencia, antes de la entrega en concesión para que, cuando se preste el servicio por el postor vencedor, se pueda dar de forma tal que se maximicen los beneficios.

En tal sentido, la idea de introducir el concepto de “competencia por el mercado” para delimitar el factor de competencia, tiene como finalidad dar a conocer las reglas del juego antes de la entrega en concesión de determinado puerto; así como busca ir un poco más allá de la presentación de propuestas técnicas y económicas (que se viene realizando actualmente en las concesiones portuarias): Si bien, consideramos como un elemento importante que se acredite la experiencia y la solvencia de los postores, también es importante que se sepa de antemano que es lo que un determinado puerto requiere de aquel postor que pudiera convertirse en su operador, de manera tal que la autoridad competente pueda elegir, no al postor con la mayor experiencia o con gran solvencia económica; sino al postor que más se adecue a las necesidades del puerto, y eso se puede lograr delimitando los elementos por medio de los cuales los postores competirán (factor de competencia).

Por último, y para finalizar, queremos recalcar que al momento de delimitar el factor de competencia, no deberíamos caer en el error de esquematizarlo únicamente en función a la tarifa: Porque, aun cuando sea cierto que uno de los objetivos primordiales del comercio exterior es eliminar los sobrecostos portuarios y logísticos, hay veces en donde, debido a la idiosincrasia del puerto o la región donde este se encuentre, pueda ser más importante algún otro elemento (como bien podría ser quien solicite el menor cofinanciamiento por parte del Estado o quien destine mayores inversiones para reactivar el comercio en la región) para definir quién sería el mejor postor.

Recordemos que, como mencionó Guasch, los contratos de concesión son constantemente renegociados, por lo que bien podría darse el caso donde un postor ofrezca cobrar la menor tarifa, y a los 3 años solicite, mediante una adenda, la renegociación de las mismas para poder hacer viable la concesión; o también podría presentarse el caso que se estipulen el cobro de ciertas tarifas (mínimas y máximas) y el postor que se adjudique la concesión empiece a cobrar las tarifas máximas permitidas en el contrato desde el día uno de la concesión, sólo porque el contrato se lo permite pero sin que se evidencie ninguna mejora en el servicio. Esos serían ejemplos de malas delimitaciones del factor de competencia por buscar la menor tarifa, y eso es lo que debemos buscar evitar.

4.3 Transbordo versus carga doméstica: la problemática del puerto hub.

En reiteradas oportunidades hemos encontrado noticias las cuales señalan que el puerto del Callao está en camino a convertirse en el puerto hub de la región¹²⁸; u otras que cuestionan si en realidad el puerto del Callao puede llegar a ser el “hub” de la región¹²⁹; y hasta incluso algunas mucho más llamativas como por ejemplo el hecho que el puerto del Callao podría competir con el Canal de Panamá para llevar y traer carga al continente asiático, pues desde nuestro puerto se abriría una ruta directa a Asia sin pasar por dicho canal¹³⁰. No obstante, y aun cuando dichas noticias hayan sido publicadas en importantes diarios del país, la presente investigación discrepa con tales afirmaciones por considerarlas inexactas.

Antes de explicar el por qué consideramos como inexactas dichas afirmaciones, que se han oído más de una vez, queremos hacer hincapié en porque nos encontramos hablando de cargas domésticas y puertos hub, cuando la presente investigación versa sobre el contrato de concesión y los puertos.

¹²⁸ <http://www.gestion.pe/empresas/apm-terminals-puerto-callao-esta-camino-convertirse-puerto-hub-region-2106960>

¹²⁹ <http://www.elcomercio.pe/economia/peru/realidad-puerto-callao-hub-region-noticia-1604132>

¹³⁰ <http://www.miningpress.com.pe/nota/109735/cargas-puerto-del-callao-compite-con-panam-por-asia->

Como ya debemos saber a estas alturas, el puerto del Callao es el puerto más importante del país, ya que por ahí se mueve gran parte de la carga de comercio exterior del Perú; y es además, uno de los puertos más importantes de la costa oeste sudamericana. Tal es la importancia del puerto del Callao que actualmente se encuentra concesionado a dos de los más importantes operadores portuarios a nivel mundial: APM Terminals (quien tiene la concesión del terminal norte del puerto del Callao) y DP World (quien tiene la concesión del terminal sur del puerto del Callao). Y si estos grandes operadores se encuentran trabajando día a día en nuestro principal recinto portuario, es porque el gobierno ha querido que sean las mejores empresas dentro de sus rubros las que gestionen y dirijan el negocio portuario en el país. De esta manera y como ya hemos explicado, el contar con puertos más eficientes permite mejorar la competitividad del país, lo que a su vez redundará en la mejoría del saldo de balanza comercial (exportaciones menos importaciones) con lo que se beneficia la industria marítimo-portuaria, y por consiguiente, la economía en general.

Esa es la principal razón por la que oímos ese tipo de noticias. El gobierno no sólo anhela contar con los mejores participantes, sino que además, depende de ellos para crecer como Estado y mejorar la calidad de vida de la población. Aterrizando este concepto al negocio portuario tendríamos lo siguiente: Si se logra tener un puerto más eficiente, se podrán reducir los sobrecostos logísticos y portuarios con lo que le dará mayor calidad y competitividad a los productos y esto generará beneficios a la industria nacional en general. Si a ello se le agrega el hecho de ser considerado un puerto hub, pues entonces, además de los beneficios anteriormente señalados, también podrá contar con el beneficio de tener mayores ingresos por ser un facilitador del comercio internacional; hecho que repercutirá favorablemente para el Estado en general.

Dicho de esta manera, no sólo conviene que el Estado quiera posicionar a su principal puerto como un puerto hub, sino que además es algo que debe buscar, pero consideramos que es algo que debe realizarlo a largo plazo. Antes de continuar, debemos preguntarnos sin embargo, ¿qué es un puerto hub? Un puerto hub es un puerto central o de redistribución de carga. Es decir, un puerto al que llegan líneas navieras de largo

recorrido, que descargan sus mercancías en dicho puerto, para que después se redistribuyan en líneas de recorrido más corto¹³¹.

Para ejemplificar mejor lo anteriormente expuesto, podríamos poner como ejemplo al aeropuerto Jorge Chávez, ya que en nuestra opinión, éste cumple con las condiciones de ser un hub regional. ¿Por qué decimos esto? Porque creemos, en base a la evidencia empírica, que sirve de punto central o punto de encuentro para que las aerolíneas de largo recorrido puedan permitir el desembarco de sus pasajeros para que aborden otro avión que también arriba al aeropuerto Jorge Chávez a darles el encuentro.

Así pues, para una aerolínea que pretendiera realizar un viaje desde la ciudad de Buenos Aires (Argentina) hasta la ciudad de Bogotá (Colombia), lo que le tomaría unas seis horas y media de vuelo aproximadamente, y considerando que además realiza de manera regular este tipo de trayectos, le saldría mucho más económico y eficiente realizar un viaje de Buenos Aires a Lima, dejar ahí a los pasajeros y trasladarlos a Bogotá en un avión que ya estuviera en el aeropuerto hub, o en su defecto, en un avión que haya realizado el trayecto Bogotá – Lima y luego emprenda el regreso. De esta manera, se ahorrarían costos en combustible, los activos sufrirían un menor desgaste (ya que los aviones recorrerían distancias menores), además de poder ofrecer mayor capacidad de asientos al existir una alta rotación. Éstas son pues, algunas de las ventajas que ofrecen los hub; y dicho ejemplo, por más rústico que sea, bien podría ser extrapolado de aviones a buques y de pasajeros a carga; con lo que se evidenciarían las ventajas de ser un hub.

Sin embargo, existe también otra pregunta que debemos hacernos antes de entrar a opinar sobre la conveniencia de convertirnos en un puerto hub: ¿Estamos en condiciones de convertirnos en un puerto hub? En una entrevista que realizáramos al señor Álvaro Galindo Neumann, director ejecutivo de TISUR, la sociedad concesionaria del puerto de Matarani, y primer concesionario portuario del país; nos comenta que para entender el tema del puerto hub, es necesario comprender la dinámica del sector marítimo y portuario, y para ello señala que “existen dos grandes componentes: los servicios a la nave y los servicios a la carga. Tú les ofreces servicios a dos clientes principales. Cuando yo le doy servicio a la nave, lo que realmente quiero es que me suban y me bajen la carga

¹³¹ <http://www.aduanasencanarias.blogspot.com/2009/02/que-es-un-puerto-hub.html>

lo más rápido posible del barco. Eso es en realidad lo que quiere todo armador, porque mientras más rápido se haga, está en la posibilidad de mover más carga y además, le cobran menos. Por su parte, dentro del servicio a la carga, el exportador/importador quiere que pongas su carga en el barco y le cobres lo menos posible”¹³².

Galindo continúa al señalar que “los puertos para competir tienen que servir a un mismo *hinterland* o área de influencia. Así pues, la carga destinada a Lima se tiene que mover necesariamente por el puerto del Callao sí o sí. De tal manera, la competencia entre puertos (competencia interportuaria) sólo es posible en la medida que los puertos queden dentro de la misma área de influencia. En ese orden de ideas, el tema del puerto hub aplica solamente para la carga de transbordo, más no para la carga doméstica. La carga doméstica es la que va para Lima o sale de Lima. La carga doméstica para Lima y la carga doméstica para Santiago van por sus propios puertos. Es por ello que una nave no se va a ir al puerto de Valparaíso porque pudiera ser el caso que el puerto del Callao le resultase más caro o más ineficiente, ya que la carga de doméstica de Santiago tiene que ir al puerto de Valparaíso sí o sí”¹³³.

Bien podríamos decir que el ejemplo que señalamos unos párrafos más arriba, respecto a las aerolíneas y al aeropuerto Jorge Chávez guarda correlación con lo señalado por Galindo de la siguiente manera: el aeropuerto de Lima sirve como un punto central o un punto de encuentro para las aerolíneas, tanto la que viene de Bogotá, como para aquella que viene de Buenos Aires. En ese caso, la mayoría de los pasajeros tienen como destino final la ciudad colombiana, por lo que únicamente estarán en Lima de paso, donde bajarán del avión que los trajo desde Buenos Aires y abordarán un nuevo avión que arribó desde Colombia para dejar pasajeros en Lima y recoger a los pasajeros de Buenos Aires que tienen como destino final Bogotá.

¹³² Entrevista personal realizada al Director Ejecutivo de la sociedad concesionaria a cargo del puerto de Matarani, el señor Álvaro Galindo Neumann.

¹³³ En este punto de la entrevista, Álvaro Galindo realiza una importante distinción que se debe tener en cuenta al momento de analizar la competencia entre puertos de distintas regiones (competencia interportuaria): Se debe diferenciar la carga doméstica de la carga de transbordo, ya que la primera tiene que ir sí o sí por el puerto de destino final, sin importar las ineficiencias que pudiera tener el mismo; mientras que la segunda si es posible de ir a otros puertos que pudieran servir de alimentadores por tener la misma influencia.

En consecuencia, ratificamos nuestra postura al señalar que las afirmaciones indicadas al iniciar el punto 4.3 del presente capítulo son inexactas porque el puerto del Callao – aún – no está en condiciones de ser puerto hub de la región y mucho menos se encuentra en condiciones de competir con el puerto de Panamá (Balboa).

Queremos precisar que cuando nos referimos a que el puerto del Callao pudiera competir con el puerto de Panamá como hub de la región, estamos haciendo referencia a la competencia que se daría por la carga de transbordo, ya que como ha mencionado Álvaro Galindo, cuando se desea ser puerto hub, se compite por la carga de transbordo y no la carga doméstica.

Aquellas personas que señalan que el puerto del Callao viene creciendo año a año y que en virtud a tal indicador estaría en condiciones de competir con los grandes puertos del continente, están cayendo en un error conceptual, porque el hecho de tener un movimiento superior al millón de contenedores en el año 2008, e ir creciendo año a año, a tal punto que las proyecciones indican que este año el puerto del Callao podría mover un poco más de dos millones de contenedores no significa que por ello debamos aventurarnos a ciertas operaciones para las cuales aún no estamos preparados.

Es cierto que el puerto del Callao ha aumentado en infraestructura y en eficiencia. Sin embargo, esta mejoría se ha dado, en gran parte gracias a las inversiones del sector privado así como a la gestión de los operadores portuarios, pero también porque la economía mundial experimentó unos años de bonanza económica en donde aumentaron exponencialmente la venta de nuestros productos (materias primas en su gran mayoría), y esto significó que aumentarían las operaciones de intercambio comercial entre empresas de distintos países (aumento del comercio internacional).

Pero no nos confundamos, el hecho que haya aumentado el comercio internacional quiere decir que aumentó el intercambio de carga doméstica, más no necesariamente la carga de transbordo, al menos no la que se mueve por Perú. Entonces, si efectivamente el principal puerto del país, esto es, el puerto del Callao aumentó el movimiento de sus niveles de carga, fue porque aumentó la carga doméstica que entra y sale del país; pero no es motivo suficiente para creer que por ello podamos competir por la carga de transbordo.

Tal como ha afirmado Galindo, la carga doméstica que viene a Lima tiene que entrar a Lima. Es falso que algún armador diga que como el puerto del Callao está muy congestionado, me voy a un puerto de Chile a dejar la carga y seguir con mi itinerario. Eso no va a suceder jamás, porque dicho buque que trae la carga o que se la va a llevar tiene la obligación de hacerlo aquí, en puertos peruanos; con lo que el resultado de todo esto será una operación más cara tanto para el importador/exportador, como para la línea naviera y para el usuario final del producto o servicio, con lo que se pierde en competitividad y sucederá todo aquello que ya ha sido explicado en el capítulo primero de esta investigación.

Además, si consideramos el hecho que en los últimos años el nivel del movimiento de carga en el puerto del Callao ha ido en aumento, es más que obvio que nos encontramos frente a un puerto que debe estar trabajando a casi el 100% de su capacidad, con lo que, ¿si con la justas nos damos abasto para gestionar la carga doméstica que ingresa al país, cómo pretendemos hacerlo con la carga de transbordo? Para ello, tendríamos que crecer aún más en infraestructura portuaria, lo que significaría comprometer al sector privado a realizar mayores inversiones de las que ya se encuentran realizando, con lo que se tendría que hacer algún reajuste a la tarifa (cobrar más) o ampliar el plazo de la concesión en sí, ya que de algún lado tienen que recuperar aquellos montos que destinarían para dichas inversiones; con lo que resulta más que evidente que aún no nos encontramos listos para entrar a competir por ser un puerto hub de la región.

No olvidemos también que, tal como lo expresa Galindo, “la carga de transbordo utiliza transitoriamente los patios del puerto para luego ir a un destino final. 80% de la carga del puerto del Callao es carga doméstica y sólo 20% es carga de transbordo. En cambio, en Panamá, el porcentaje de la carga de transbordo es de 80% y solo el 20% va para la carga doméstica. En conclusión, el puerto del Callao no puede competir con el puerto de Balboa, porque Panamá se encuentra mejor localizado. Por tal motivo, si yo (Galindo) contara con una concesión portuaria en el puerto del Callao, no quisiera ser puerto hub, porque solo competiría por el 20% de la carga de transbordo, y esa carga, en

términos económicos y en términos de negocio no me interesa, ya que yo quiero competir por el 80% de la carga restante. En el Perú, el transbordo deja muy poco margen”¹³⁴.

Consideramos que estas afirmaciones son muy categóricas, más aun viniendo de una palabra autorizada como lo es el Director Ejecutivo de la primera concesión portuaria en el país, que a la fecha lleva ya 15 años de gestión y con muy buenos resultados. Como hemos podido apreciar a lo largo de la investigación, una concesión, desde la perspectiva del operador privado, es una oportunidad de negocio que te permite administrar un puerto a largo plazo, con lo que uno puede estructurar una estrategia de manejo que permite optimizar rendimientos y optimizar recursos para generar un retorno a largo plazo.

Además, los activos que necesitas para dicho negocio tienen una duración que va casi de la mano con el plazo de la concesión. Por tanto, es más eficiente ingresar a una concesión de 20 años donde pudieras obtener un 20% de retorno que ingresar a un negocio de 1 año donde pudieras obtener el 100% de retorno (ya que en ese caso en particular, que se haría con dichos activos después). Es muy importante recordar que si la concesión no fuera un negocio, ningún operador privado participaría.

Por lo tanto, y a fin de dar por concluido el tema sobre si es conveniente convertirse en un puerto hub y así competir con grandes puertos, como por ejemplo el puerto de Panamá; somos de la opinión que ese debe ser uno de los objetivos, pero a largo plazo. Antes de tentar la carga de transbordo, deberíamos preocuparnos más en modernizar todos nuestros principales puertos, para así descongestionar el puerto del Callao y que éste cuente con una posibilidad real de poder competir por otro tipo de cargas, además de la doméstica, porque ya no se encontraría tan saturado.

Por ello, creemos que el gobierno debe dejar de lado los argumentos que proponen convertirnos en puerto hub y debe orientar sus planes estratégicos portuarios a consolidar el puerto del Callao y tener puertos cercanos (como Pisco y Salaverry) que le sirvan de auxiliares, para así en el futuro, tentar la posibilidad de manejar tanto la carga doméstica como la carga de transbordo.

¹³⁴ Importante argumento esgrimido por Álvaro Galindo para puntualizar el por qué el puerto del Callao aún no se encuentra en condiciones de competir con el puerto de Balboa en Panamá, por querer llegar a ser un puerto hub.

4.4 Entrega de puertos en “paquete”: Fomento del cabotaje y reactivación de la industria marítimo portuaria.

Es importante tener presente lo señalado en el párrafo anterior en vista a que guarda mucha relación con aquello que señalaremos a continuación: Si como Estado buscamos el crecimiento de la industria marítimo – portuaria, necesariamente tendremos que contar con puertos más eficientes. Para contar con puertos más eficientes, no basta con tener un mega puerto y que todos los restantes sean sólo regulares. Necesitamos desarrollar e implementar una estrategia que busque ir más allá del simple hecho de contar con infraestructura portuaria adecuada (con esto no estamos diciendo que no lo debamos buscar). Está claro que debemos reducir la brecha de infraestructura portuaria, pero ese sólo es el primer paso. Así pues, el siguiente paso que debería ser contemplado por el Estado debería ser el de desarrollar puertos auxiliares o puertos que coadyuven a un puerto principal (como lo es el puerto del Callao) y para ello, además de continuar promoviendo e incentivando las concesiones, debería también ofrecer ventajas dentro del negocio marítimo – portuario que motiven a los inversionistas privados a querer participar en los mismos. En nuestra opinión, esto se podría lograr mediante el fomento de la industria del cabotaje y la concesión de puertos en paquetes.

Si el Estado decidiera lanzar un concurso público internacional para la concesión del principal puerto del país, esto es, el puerto del Callao, con seguridad podríamos afirmar que grandes postores participarían. Este hecho puede ser corroborado ya que en el último concurso para adjudicarse la concesión del terminal portuario de la zona norte del Puerto del Callao, participaron 3 de los 4 mejores operadores portuarios a nivel mundial: las empresas Hutchinson Port Holding, Dubái Ports World y A. P. Moller Terminals (quien fuera finalmente la que se adjudicaría la referida concesión).

Sin embargo, sorprendió ver que ninguno de esos postores se presentó para la concesión de otros terminales portuarios en el Perú (con la excepción del puerto de Pisco, en donde si participó APM Terminals, e intuimos que quizás haya sido por las razones que a continuación expondremos), tal como sucedió en las concesiones de Paita y

Matarani; los puertos más importantes del país después del puerto del Callao. Asimismo, no podemos dejar de preguntarnos, que si el Estado decidiera concesionar los puertos de Chimbote y/o Salaverry, ¿se presentarían estos grandes operadores mundiales a dicho concurso? Nuestra opinión es que probablemente no lo harían, y a continuación explicaremos el por qué creemos eso y que se podría hacer para incentivar su participación o en su defecto, incentivar la participación de un muy buen operador portuario, que sin tener la repercusión mundial de los ya citados, pudiera ingresar a un negocio que en teoría no parecería tan atractivo, pero con cierto impulso por parte del Estado quizás sí podría llegar a serlo.

Para ello, será necesario introducir a una de las figuras de la industria marítima como lo es la figura del cabotaje. El cabotaje no es otra cosa que el transporte de mercancías y pasajeros entre los puertos dentro del territorio nacional¹³⁵. A su vez, observamos que dicho concepto también se encuentra definido en la Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional – Ley N° 28583 (en adelante Ley de Marina Mercante), al señalar en su artículo séptimo que “El transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje, queda reservado, exclusivamente, a naves mercantes de bandera peruana de propiedad del naviero nacional o empresa naviera nacional bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria, salvo lo dispuesto en el numeral 7.4”.

Resulta bastante lógico que a estas alturas de la investigación el lector se pregunte ¿qué tiene que ver el cabotaje con la concesión de puertos? Pues bien, en principio, la única relación que guardarían estas figuras sería que se tratan de negocios que se llevan a cabo en la industria marítima – portuaria. Sin embargo, y como bien pretendemos enfatizar en este punto de la investigación, el hecho de mencionar a la figura del cabotaje tiene como objetivo fortalecer la industria de las concesiones portuarias, sobre todo en aquellos terminales portuarios que en principio podrían no resultar tan atractivos para los inversionistas privados; o en su defecto, lo serían si es que el Estado tuviera que participar cofinanciando dicha concesión, y lo que busca este trabajo es, además de maximizar beneficios para el Estado, concesionario, usuarios y público en general es evitar gastos innecesarios de parte del Estado.

¹³⁵ <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2013/09/25/necesidad-cabotaje-maritimo/>

Es ahí donde el cabotaje entra como una solución: Como ya hemos mencionado, se trata del transporte de mercancías y/o pasajeros entre los puertos del territorio nacional; por lo que, el transporte de carga desde el puerto de Matarani hasta el puerto del Callao es considerado una operación de cabotaje, mientras que el transporte de carga desde el puerto del Callao hasta el puerto de Arica no lo es (ya que se trataría de un transporte de carga entre puertos donde uno de ellos no se encuentra comprendido dentro del territorio nacional).

Decimos que se trata de una solución porque consideramos que se trata de un tipo de transporte que trae enormes ventajas: En primer lugar, el cabotaje resulta menos costoso que el transporte por vía terrestre ya que los barcos mercantes poseen una capacidad de carga muchísimo más grande que los camiones, lo que les permite abaratar sus fletes. En segundo lugar, el transporte marítimo no está sujeto a la inseguridad de nuestras carreteras o a posibles obstrucciones de las mismas en caso de conflictos sociales o desastres naturales. En tercer lugar, los buques no dañarían las pistas con su tránsito, por lo que no generan la necesidad de reconstruir y dar continuo mantenimiento a éstas. En cuarto lugar, tendríamos el hecho que al no utilizar las carreteras, se aliviaría el tráfico que existe en éstas, especialmente en la entrada del puerto del Callao, donde podría descongestionarse el ingreso de los 4,100 camiones diarios ingresando a este puerto a través de tres angostas vías (ingreso que puede tomar hasta 10 horas), sin contar con las emisiones de CO₂ que generan los camiones (hecho que no se ve en el transporte marítimo). Finalmente, en quinto lugar, se encuentra el hecho de poder abaratar los productos transportados (al abaratare los fletes), hecho que será de gran beneficio para los consumidores y exportadores¹³⁶.

No obstante, todas las bondades del cabotaje, señaladas recientemente se encuentran “limitadas” por una serie de restricciones legales que la propia Ley estipula. Resulta pues, paradójico, que siendo el Estado uno de los agentes que más se beneficiaría con la figura del cabotaje, sea él mismo quien se imponga estas limitaciones a las que haremos referencia a continuación.

¹³⁶ <http://elcomercio.pe/opinion/editorial/editorial-cabotaje-soltando-amarras-noticia-1770153>

El artículo 1 de la Ley de Marina Mercante es contundente al señalar que “La política naviera del Estado peruano se orienta a promover el desarrollo de las empresas navieras nacionales, con buques nacionales, en concordancia con el interés nacional y las condiciones que se precisan en la presente Ley para participar competitivamente en los mercados mundiales de transporte acuático”. Por su parte, el artículo 2 de la Ley de Marina Mercante estipula que el objeto y finalidad de la Ley pasa por “Establecer los mecanismos que promuevan la reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional marítima, fluvial y lacustre”.

En otras palabras, es evidente el interés y la intención del Estado de promover la marina mercante nacional, otorgando una serie de beneficios contemplados en la Ley; con lo que alienta las operaciones de cabotaje. Sin embargo, encontramos en el texto del artículo 7 de la citada Ley, argumentos que bien podrían limitar dichas operaciones. Así pues, el referido artículo sostiene, en su segundo numeral que “Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a las que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un periodo que no superará los seis (6) meses no prorrogables”.

Podemos entender la posición del Estado respecto a querer proteger y consolidar su industria naviera nacional. Pero el caso es que, al día de hoy, tal industria es casi inexistente ya que son muy pocas las empresas navieras nacionales que están constituidas, y menos aun las que prestan el servicio de cabotaje. En tal sentido, el referido marco legal, lejos de favorecer el comercio, impide que empresas navieras extranjeras realicen cabotaje, a pesar que la prestación del servicio es prácticamente nula. En nuestra opinión, estaría bien que el Estado genere incentivos para el fortalecimiento de las empresas navieras nacionales, sin embargo, consideramos que debería hacerlo cuando éstas existiesen en un número donde pudieran tener algún tipo significativo de competencia, o en todo caso estuvieran consolidando su posición en el mercado.

Es interesante observar las propias limitaciones que se impone el Estado a través de la Ley de Marina Mercante ya que si revisamos el ya citado artículo 7 numeral 2, no se deja ninguna duda al señalar que las operaciones de cabotaje, esto es, el transporte de mercancías y/o pasajeros entre puertos nacionales sólo puede ser realizada por empresas

navieras nacionales utilizando buques de bandera peruana. No obstante ello, y quizás con la finalidad de no ser tan severos, permiten una excepción: Sólo en el supuesto que las empresas navieras nacionales no tuvieran buques de bandera peruana, se permitirá, y por un plazo máximo de 6 meses y que no será prorrogable, que las empresas navieras nacionales puedan fletar buques de bandera extranjera para poder realizar el servicio. En cristiano, el cabotaje solo lo pueden realizar empresas peruanas con buques peruanos, y sólo se permite una excepción de 6 meses para utilizar un buque extranjero, pero siempre operado por una empresa peruana. Pasados los 6 meses, tanto el buque como la empresa deben ser peruanos.

Esta discriminación, que busca promover el desarrollo de una flota carguera nacional, limita la libre competencia e impide, en la práctica, que podamos transportar mercadería entre los puertos nacionales. Mientras tanto, el transporte terrestre es cada vez más congestionado y caro. Las restricciones a las naves de bandera extranjera para el cabotaje limitan la oferta de transporte de carga en el país, perjudican la interconexión de las regiones del Perú y su desarrollo económico. Los perjudicados con estas normas discriminatorias son los usuarios de estos servicios y, por ende, todos los peruanos, los consumidores. La ley no ha logrado su objetivo, no tenemos una naviera local con capacidad de transportar mercadería entre nuestros puertos. Estados Unidos discrimina también a favor de sus navieras, pero ellos tienen más de 400 buques operando dentro de su frontera¹³⁷.

En conclusión, podemos ver que el cabotaje se encuentra “atrapado” por una serie de restricciones legales que, de ser eliminadas, o al menos modificadas de forma tal que permitieran una mayor flexibilidad para la prestación de este servicio, lograrían que éste pueda coadyuvar en beneficio de las concesiones portuarias. Y es aquí donde debemos lanzar la pregunta: ¿Por qué el cabotaje ayudaría a las concesiones portuarias?

En una entrevista que se le realizará al director general de APM Terminales, el señor Henrik Christensen, expuso que “Actualmente, tenemos un cuello de botella para el ingreso y salida de camiones de los dos terminales (muelle norte y muelle sur), lo cual eleva los costos logísticos de importación y exportación; por lo que, de poder realizarse

¹³⁷ <http://peru21.pe/opinion/discriminacion-que-no-funciona-2104213>

operaciones de cabotaje, se ayudaría a solucionar este problema, sin embargo, el servicio de cabotaje en el país es prácticamente inexistente. Agregó además que, realizándose operaciones de cabotaje, parte de la carga que llega al Callao se iría vía el mar hacia los terminales del norte y sur del país, en lugar de hacerse por tierra. Así también se ahorran costos, ya que este mecanismo se utiliza en otros países.

Finalmente, reconoció la necesidad e importancia del cabotaje porque se refirió a las obras de ampliación de la avenida Néstor Gambetta señalando que éstas no resolverán la severa obstrucción que se observa en el paso de camiones en esa ruta, en vista a que cada año entran dos millones de contenedores en los terminales norte y sur, lo que genera una gran afluencia de unidades de carga que origina un tránsito bastante pesado durante casi todo el día”¹³⁸.

Lo expuesto anteriormente por Christensen nos hace caer en la cuenta de porque APM participó en el concurso para la concesión del puerto de Pisco (que finalmente no la ganó), pero que sí pudo haber generado cierta intriga de parte de la comunidad marítima – portuaria, ya que, y sin ningún ánimo de minimizar a los demás participantes de dicho concurso público, sorprendió el hecho que el único “gigante” en participar fuera APM Terminals, y ya no lo hicieran DPW o Hutchinson Port.

El hecho que APM Terminals haya estado interesado en participar, de acuerdo a los datos expuestos y a la opinión de la presente investigación es porque ampliaron su visión del negocio y si bien, el puerto de Pisco no presenta el mismo movimiento de carga que el puerto del Callao, si tiene la alternativa de encontrarse a aproximadamente 300 kilómetros de distancia de éste último, con lo que bien podrían realizarse operaciones de cabotaje para aquellas carga de Ica que tienen como destino el Callao y/o viceversa, con lo que, al tratarse del mismo operador portuario (en el supuesto que APM se hubiera adjudicado la concesión) se reducirían tantos los costos portuarios así como también los costos logísticos y sería más atractivo para productores y consumidores el elegir el cabotaje como vía de transporte.

¹³⁸ <http://peru21.pe/opinion/alta-congestion-vias-acceso-al-puerto-2119613>

Además, no olvidemos que al no tratarse de servicios regulados dentro de los alcances de las concesiones portuarias, no estarían sujetos al cobro de una tarifa (con lo que no habría la intervención de un regulador) sino que podría cobrarse un precio por los mismos, lo que significaría un mayor beneficio para el concesionario, sin contar con el beneficio indirecto para el Estado por el hecho de tener un operador de talla mundial operando un puerto de segundo orden.

Ese creemos, sería el principal motivo por el que APM Terminals habría participado en dicha concesión, y a la luz de lo expuesto, tendría mucho sentido, más aun si tenemos en cuenta que la sociedad pertenece al grupo *Maersk*, una de las líneas navieras más grandes del mundo, con lo que, aprovechando todas sus sinergias, habría podido proveer un servicio de calidad y a un buen precio para los consumidores y usuarios.

Por lo tanto, seguimos a la espera que el Congreso otorgue la aprobación al pre dictamen de un proyecto de Ley que busca flexibilizar y promover el cabotaje, de forma tal que se pueda extender el alquiler de naves extranjeras de seis meses a un año, agregando, además, la posibilidad de prorrogar el alquiler hasta tres años (o en casos de excepción incluso hasta cinco años). Así, el mayor periodo posible de alquiler incentivaría el cabotaje dotando al mercado de una competencia saludable¹³⁹.

En relación a todo aquello que se ha venido señalando, somos de la opinión que el cabotaje sería muy importante ya que reduciría el precio de los fletes por concepto de transporte de mercaderías, y además descongestionaría el intenso tránsito de las carreteras y ayudaría a que éstas no tengan estar en constante mantenimiento. Además, creemos que ayudaría a las concesiones portuarias, puesto que algunos operadores portuarios, como fue el caso de APM Terminals y su participación en el concurso público por la concesión del puerto de Pisco; buscarían participar en concesiones que en principio no parecieran tan atractivas, ya que se darían cuenta que su ganancia podría ir más allá de la administración y operación del puerto, si es que logran integrar horizontalmente el negocio y buscar mayores opciones que les permitan tener mayores beneficios y que a su vez redunden también en beneficios para la colectividad.

¹³⁹ <http://elcomercio.pe/opinion/editorial/editorial-cabotaje-soltando-amarras-noticia-1770153>

Coincidimos con el Estado en el hecho que desee proteger y promover la industria nacional, en este caso, la industria naviera; sin embargo, quizás dichos incentivos deberían ser otorgados una vez que exista una industria nacional, hecho que lamentablemente en el cabotaje aun no sucede. Creemos que antes que incentivar que el cabotaje sea llevado a cabo solo por empresas peruanas en buques de bandera nacional, se debería promover el cabotaje en sí, no importando mucho si se trata de una empresa nacional o una extranjera, o si se realiza en un buque de bandera peruana o uno de bandera extranjera. Ya más adelante, si el negocio es bueno y el mercado lo permite, podrían ingresar empresas nacionales y quizás ahí, y en aras de apoyarlas, crear los incentivos necesarios para que puedan competir con otros operadores que ya se encuentren brindando el servicio.

No olvidemos que desde el punto de vista de economías de escala, el transporte terrestre es 25% más caro que el cabotaje, a partir del traslado de volúmenes de carga sobre las 900 toneladas y a distancias mayores de 500 kilómetros, incrementándose hasta 50% sobre los 2,000 kilómetros; con lo que se puede afirmar que el cabotaje marítimo es más eficiente, seguro y puntual que el transporte terrestre¹⁴⁰.

En consecuencia, y a modo de conclusión de todo lo expuesto, la propuesta que tenemos en relación a este punto de la investigación sería la siguiente: Promover el cabotaje como parte de las concesiones portuarias, para que, eliminando o modificando las “limitaciones” que el propio Estado se ha impuesto, puedan ingresar, tanto empresas extranjeras como buques extranjeros a brindar este servicio, de forma tal que importantes operadores marítimos – portuarios estén interesados en concursar por concesiones de puertos que en principio podrían no parecer tan atractivas; pero que, con el impulso del Estado – quitando las trabas legales – puedan verlo distinto, al integrar horizontalmente el negocio marítimo – portuario, y así evitar que el Estado tenga que cofinanciar alguna concesión de un puerto no tan importante, con lo que el beneficio generado sería mayor.

Y finalmente, y buscando hacer más sólida la propuesta, consideramos que podríamos “imitar” buenos ejemplos que ya han traído buenos resultados, como ha sido

¹⁴⁰ <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2013/09/25/necesidad-cabotaje-maritimo/>

el caso de la concesión de aeropuertos en paquetes¹⁴¹, en donde el Estado entrega entre 6 y 7 aeropuertos a un inversionista privado para que sea éste quien se encargue de la administración y operación de los mismos.

Probablemente, si el Estado sacara un concurso por dichos aeropuertos de forma individual, no le resultarían atractivos al inversionista privado, sin embargo, al hacerlo en paquete, esto podría resultar más atractivo para los inversionistas por las economías de escala¹⁴². Así pues, y a modo de ejemplo, en lugar de sacar en concesión el puerto de Chimbote o el puerto de Salaverry; podrían sacar un concurso en donde concesionen ambos puertos como parte de un paquete, de forma tal que podrían verse interesados, tanto algún operador del Callao para cubrir la ruta del centro y norte del país, o quizás el mismísimo operador portuario del puerto de Paita, para tener el control de la zona norte portuaria del país. Lo mismo podría ocurrir con los puertos del sur (Pisco, Matarani e Ilo) o los puertos fluviales (Pucallpa, Iquitos) pensando en una conexión con el puerto de Manaus (Brasil) y la salida de los productos brasileños por los puertos peruanos.

Si bien algunos puertos ya están concesionados (el caso de Matarani) uno de los aspectos que hemos visto es el hecho que las concesiones son temporales, por lo que, para la renovación o una nueva concesión, son aspectos que el Estado podría tomar en consideración para hacer más atractivo el concurso y generar una mayor eficiencia en general.

4.5 Unificando nuestra legislación: Hacia una uniforme política de concesiones portuarias.

¹⁴¹ <http://gestion.pe/noticia/297365/us-237-millones-requerira-concesion-aeropuertos-regionales>

La concesión del segundo paquete de aeropuertos regionales del sur del país, cuya buena pro está prevista para el 28 de octubre próximo, demandará una inversión de 237 millones de dólares, afirmó la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión).

Hasta el momento se ha tenido una muy buena receptividad por parte del sector privado en estos aeropuertos, los cuales ya existen pero lo que se busca es realizar inversiones que mejoren justamente su capacidad operativa.

El segundo paquete está conformado por los aeropuertos de Andahuaylas (Apurímac), Arequipa Ayacucho, Juliaca (Puno), Puerto Maldonado (Madre de Dios) y Tacna.

¹⁴² http://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa_de_escala

Se entiende por economía de escala las ventajas en términos de costos que una empresa obtiene gracias a la expansión. Existen factores que hacen que el coste medio de un producto por unidad caiga a medida que la escala de la producción aumenta.

En este último punto de la investigación, buscamos realizar un breve análisis en relación a dos aspectos: En primer lugar, determinar si, el ordenamiento jurídico vigente ha sido el más adecuado y/o el más idóneo para llevar a cabo las concesiones portuarias, trayendo beneficios tanto para el Estado, así como también al inversionista privado y a los usuarios y público en general; y en segundo lugar, si con todo lo que se ha señalado, la política de concesiones portuarias de parte del Estado ha sido la correcta y/o la más idónea, tanto para su propio beneficio como para el beneficio de los inversionistas privados, los usuarios y público en general.

Buscaremos dar respuesta a las interrogantes, empezando por la primera: ¿Es el ordenamiento jurídico vigente el más adecuado para las concesiones portuarias? La primera respuesta que se nos viene a la mente es que no. Y con esto no queremos ser pesimistas ni mucho menos decir que las concesiones portuarias vigentes vienen siendo un fracaso o que no se han llevado a cabo de la mejor manera. Nada de eso. Solamente que, luego de realizada esta investigación hemos encontrado algunos vacíos y algunas lagunas en la norma, que pudieran llevar, más adelante a ciertos problemas de interpretación.

Si bien, en líneas generales existe un marco legal estable que permite que los inversionistas puedan desarrollar sus negocios, existen también ciertos aspectos que deben ser mejorados para no dejar espacio alguno a vacíos legales que pudieran afectar a alguna de las partes del contrato. Creemos que para empezar esta etapa de concesiones portuarias, que en el Perú ya lleva más de 15 años, se ha avanzado mucho y se ha avanzado bien, sin embargo, para dar el siguiente paso, es necesario la implementación de ciertas modificaciones y/o aclaraciones en las respectivas normas, que permitan tanto al Estado como al inversionista privado contar con una mayor seguridad jurídica.

En primer lugar, está el tema de la definición de la figura jurídica de la concesión. Si bien este es un concepto que ya lo repasamos con mayor detenimiento en el capítulo 1 de la presente investigación, nos limitaremos a decir que a estas alturas, esto es, 16 años después que se otorgara la primera concesión portuaria, no podemos seguir con una Ley que defina a la concesión como un título suficiente para que el concesionario

pueda valer sus derechos; mientras que el Reglamento de dicha Ley la defina como un acto administrativo. Ni que decir de los contratos de concesión portuaria que la definen como una relación jurídica de derecho público.

Nosotros ya dimos nuestra opinión en relación a este aspecto en el capítulo 1 de la presente investigación, en donde sostuvimos que la concesión es un acto administrativo ya que la voluntad de concesionar tiene que nacer necesariamente de parte del Estado y no del consenso de las partes. Una vez que el Estado tiene la voluntad de concesionar, pues entonces se celebrará un contrato en donde quedará plasmada la relación jurídica de derecho público que habrá entre las partes y la cual será título suficiente para que ambas partes puedan hacer valer sus derechos y se les pueda exigir sus deberes.

Sin embargo, sorprende que hasta el día de hoy, existan este tipo de diferencias en nuestra legislación, de forma tal que si un inversionista que nunca hubiera realizado negocio alguno con el Perú, y de buenas a primeras estuviera interesado en incursionar en alguna concesión que pudiera parecerle atractiva, pues se encontraría con esta disyuntiva tan básica como lo es delimitar el concepto de concesión. Como ya lo dijimos, somos partidarios de la definición estipulada en el Reglamento de la Ley, sin embargo, es curioso que sea esta, por decirlo de alguna manera, la definición oficial y no la de la Ley específica o la Ley sectorial. Creemos que es un punto que se debería atender.

Continuando con los notables vacíos que hemos encontrado a lo largo de la investigación, no podemos dejar de mencionar el tema relativo al plazo en los contratos de concesión, aspecto que se tocó en el capítulo 3 de esta tesis. A la fecha, todos los contratos de concesión portuaria señalan un plazo de 30 años, siendo que en alguno de ellos se considera la posibilidad de renovación mientras que en otros no.

Al respecto, la Ley establece en su artículo 16 que las concesiones se otorgaran por el plazo de vigencia que se estipule en el contrato el cual no podrá exceder de 60 años y que además, el plazo se entenderá computado a partir de la fecha de celebración del contrato. Por su parte, lo único que señala el artículo 27 del Reglamento de la Ley es que el plazo se entenderá computado desde la suscripción del contrato.

A su vez, la Ley de Puertos, la cual se encarga de la regulación sectorial, señala en su artículo 10 numeral 3 que la infraestructura portuaria podrá ser entregada en administración al sector privado hasta por 30 años; mientras que el Reglamento de la Ley de Puertos únicamente señala, en su artículo 50 que, los contratos de concesión portuaria podrán ser prorrogados hasta por 30 años adicionales, siempre que esto se haya incluido tanto en las bases de la licitación como en el contrato.

No es nuestra intención entrar a la discusión sobre cuál debería ser el plazo que tendría que darse a las concesiones: si están bien los 30 años o si debieran ser 60, ya que eso podría dar origen a otro tema de investigación. Además, en su momento ya expresamos nuestra opinión al respecto al indicar que, dependiendo de ciertas concesiones, quizás será más conveniente ampliar un poco más el plazo o al menos dejar abierta la posibilidad de prorrogar la concesión, en caso ésta se viniera desarrollando de buena manera.

No obstante, lo que si queremos dejar en claro es que, nuevamente estamos observando el hecho que no existe claridad ni tampoco uniformidad respecto a los plazos que se establecen en las concesiones portuarias. Hemos visto que de acuerdo a la legislación sectorial, esto es, la Ley de Puertos, las concesiones no pueden darse por más de 30 años, hecho que se refleja en los contratos de concesión celebrados desde la entrada en vigencia de dicha Ley, sin embargo, no todos respetan lo establecido en el Reglamento de la Ley de Puertos, ya que no en todos los contratos se contempla la posibilidad de prórroga.

Por otra parte, todos sabemos que la legislación especial prima sobre la legislación general, por lo que se sobre entiende que lo establecido en la Ley de Puertos prima sobre lo establecido en la Ley de Concesiones, por eso las concesiones no pueden tener una duración de 60 años; sin embargo, si realizáramos un análisis sistemático, podríamos ver que si se celebra un contrato de concesión portuaria con un plazo de duración de 30 años, y se estipula además que el mismo podrá ser renovado por 30 años adicionales en caso se cumplieran determinados requisitos, pues entonces se estaría respetando lo establecido, tanto en la Ley de Concesiones como en la Ley de Puertos y sus respectivos Reglamentos, ya que tendríamos un contrato de concesión por 30 años que podría ser renovado y que en ningún caso excedería los 60 años de duración.

Podríamos, sin embargo, evitar realizar todo este tipo de interpretaciones si contáramos con una legislación uniforme al respecto. Algunos juristas especialistas en el tema sostienen que con la entrada en vigencia de la Ley de Puertos, hubo una derogación tácita de los artículos de la Ley de Concesiones que pudieran contradecirse con la Ley de Puertos, no obstante, la realidad señala que ambos artículos se encuentran vigentes a la fecha, lo cual podría conducir a errores y/o confusiones de parte de los inversionistas privados, sobre todo cuando tengan que ver con concesiones de infraestructura portuaria nueva, como veremos más adelante, por lo que en este punto, nuestra recomendación sería unificar estos conceptos y dejar en claro cuál es plazo de Ley y derogar aquellas normas y/o artículos que no fueran a utilizarse más.

Finalmente, y para concluir con las respuestas a la primera interrogante sobre si el ordenamiento jurídico vigente es el más adecuado para las concesiones portuarias, debemos aterrizar en relación al concepto de infraestructuras portuarias existentes versus infraestructuras portuarias nuevas, tema que también se trató en el capítulo 3 de la presente investigación.

Respecto a este punto, debemos señalar que tanto la Ley de Puertos como su Reglamento no son lo suficientemente claros al momento de determinar las diferencias entre éstas y el trato que pueden y deben recibir los inversionistas privados. El artículo 11 numeral 3 de la Ley de Puertos¹⁴³ simplemente se limita a establecer cuál es la

¹⁴³ Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley N° 27943

Artículo 11.- Inversiones en Infraestructura Portuaria.

11.3 La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá otorgar al sector privado el Uso Exclusivo de dicha infraestructura. La infraestructura portuaria nueva que se hubiese desarrollado, construido y/o equipado conforme al presente numeral, podrá entregarse al sector privado, bajo las modalidades establecidas en el numeral 10.3 de la presente Ley.

Entiéndase por Uso Exclusivo a la facultad establecida en los compromisos contractuales suscritos con el sector privado, para la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios esenciales dentro de dicha infraestructura, por una sola persona jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos contratos.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, infraestructura portuaria nueva entendida como aquélla cuyo desarrollo, construcción y equipamiento es de cuenta y riesgo del sector privado - comprende cualquiera de los siguientes supuestos:

a) La construcción de infraestructura portuaria anteriormente inexistente.

b) La implementación de mejoras en la infraestructura existente, que aumenten la capacidad operativa de un terminal en un porcentaje mayor al 50%, determinado según los indicadores que se establezcan en los compromisos contractuales.

distinción entre una infraestructura portuaria existente y una infraestructura portuaria nueva, y lo hace de forma tal que solamente expresa que se tratara de infraestructura portuaria nueva cuando se deba construir una infraestructura portuaria anteriormente inexistente; cuando se tenga que implementar la infraestructura portuaria existente en más de un 50% de la actual; o cuando las inversiones que se realicen superen en más de un 50% el valor de mercado de la infraestructura portuaria previamente existente.

Por su parte, el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Puertos¹⁴⁴ no dice nada nuevo, puesto que solo hace referencia a lo ya establecido en el artículo 11 numeral 3 de la Ley de Puertos, e indica que la inversión en infraestructura portuaria se realizara para mejorar la infraestructura portuaria existente o para desarrollar infraestructura portuaria nueva.

En otras palabras, lo único que tenemos con todas estas definiciones legales es un concepto diferenciador respecto a cuándo es infraestructura portuaria existente y cuando es infraestructura portuaria nueva. Pero lo que no dice la Ley y/o el Reglamento es el tratamiento que recibirán ambas, cuando claramente, si la propia Ley y su Reglamento se esfuerzan por diferenciarlas, es porque no pueden ni deben ser consideradas lo mismo.

En el capítulo anterior pudimos ver, al analizar las diferencias entre los contratos de concesión, cuales son las principales implicancias que no haya una clara definición dentro del ordenamiento jurídico, y esto tiene que ver, desde el punto de vista de los

c) La inversión comprometida supere en 50% o más el último valor de mercado disponible, de la infraestructura e instalaciones a ser administradas.

Cuando los procesos de promoción de la inversión privada consistan en la construcción o entrega en administración de un terminal portuario, la aplicación del presente numeral es sobre dicho terminal en su conjunto.

¹⁴⁴ Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional – Decreto Supremo N° 003-2004-MTC.

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

a. Administración de los bienes de dominio público portuario a través de las modalidades contractuales establecidas en el artículo 10 de la Ley, las mismas que podrán incluir inversiones para la mejora sustancial de la infraestructura existente y/o el desarrollo de nueva infraestructura.

b. Desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de nueva infraestructura portuaria en áreas de desarrollo portuario y en áreas dentro de una zona portuaria, referidas en el artículo 11.3 de la Ley.

intereses del inversionista privado, con dos temas puntuales: el plazo contractual y el riesgo comprometido en las inversiones y el proyecto.

Si bien ya hemos hecho mención al tema de la regulación del plazo, tanto en la Ley de Concesiones como en la Ley de Puertos, queremos concentrarnos en un aspecto puntual del plazo, que guarda relación con el tema de la infraestructura portuaria existente versus la infraestructura portuaria: No es posible que ninguna de las normas del ordenamiento jurídico se pronuncie respecto al tratamiento que deben recibir estos distintos tipos de infraestructura en relación al plazo. Como ya se ha expresado, si la misma Ley busca establecer una diferenciación entre ambas infraestructuras, es porque claramente no se tratan de lo mismo. En tal sentido, si no son lo mismo, pues entonces es lógico que no se les debiera aplicar las mismas reglas del plazo para ambas.

Con esto, lo que queremos decir, es que nos parece un tanto injusto que, si existe un infraestructura portuaria existente, como bien lo puede ser el caso de TISUR, y una infraestructura portuaria nueva, como lo es el caso de DPW, pues entonces no comprendemos porque se les aplica el mismo plazo para ambas, que si nos ponemos a analizar, ni siquiera viene a ser el mismo plazo, porque TISUR, aun cuando tenga que efectuar ciertas mejoras y ampliaciones al terminal portuario, puede entrar a administrar y operar la infraestructura portuaria desde el día uno de la concesión; mientras que DPW, al tratarse de infraestructura portuaria nueva, tuvo que esperar 4 años – tiempo que tomó construir y desarrollar la nueva infraestructura portuaria para recién poder administrarla y operarla.

En consecuencia, y en vista a lo expuesto en las citadas normas legales, las cuales señalan que el plazo empieza a computarse desde la celebración del respectivo contrato de concesión, la realidad nos muestra que, una infraestructura portuaria existente tiene casi los 30 años de plazo de concesión, mientras que una infraestructura portuaria nueva tiene casi 26 años de concesión. Esto son 4 años que significan una menor cantidad de tiempo para recuperar las inversiones, ya que no se percibirán ingresos durante dicho periodo de tiempo, todo esto sin contar el hecho que la inversión comprometida es realmente más elevada y además supone un mayor riesgo.

Por lo tanto, consideramos necesaria una reforma en este punto de la Ley, de forma tal que se pueda asignar un trato más justo para aquellos inversionistas que inician con un negocio desde cero, lo que supone dilatar el tiempo de ingresos mientras se asumen mayores riesgos. Una alternativa sería establecer que el plazo se encuentra suspendido hasta el inicio de las operaciones del terminal portuario, pero dejando siempre un tiempo promedio para que el concesionario pueda desarrollar la infraestructura portuaria, ya que tampoco se trata que se tome todo el tiempo del mundo.

En base a la experiencia y casos anteriores, el Estado bien podría determinar un plazo prudente para que el concesionario construya la infraestructura portuaria y luego se inicie el plazo de la concesión, de forma tal que se encuentre en igualdad de condiciones y pueda recuperar sus inversiones al igual que aquel concesionario que tuviese la gestión de una infraestructura portuaria existente. Así pues, este sería una de las modificaciones normativas más importantes que esta investigación sugeriría, ya que se estaría “premiando” a aquel inversionista privado que está destinando mayores inversiones para el desarrollo de un servicio público.

Ahora pues, y buscando dar respuesta a la segunda interrogante, respecto a si la política de concesiones portuarias de parte del Estado ha sido correcta y/o la más idónea, consideramos que, en líneas generales si lo ha sido. Los resultados son más que evidentes: A la fecha se tienen concesionadas 6 infraestructuras portuarias y casi todas ellas vienen realizando muy buenas gestiones, entre las que resaltan los casos de TISUR en Matarani y DPW en el terminal sur del puerto del Callao, tal como ha quedado evidenciado en el capítulo 3 de esta investigación.

El caso del puerto del Callao es un ejemplo aún más notorio ya que éste, cuando era administrado y operado por Enapu, aún sin ser del todo eficiente, se las ingeniaba bastante bien para ser uno de los principales puertos de la costa oeste sudamericana, llegando a mover inclusive la cifra de un millón de contenedores en el año 2008. Así pues, con el ingreso de dos operadores portuarios de talla mundial, como lo son APM Terminals y DP World, el puerto del Callao ha crecido en eficiencia, aumentando el número de grúas pórtico, moviendo aproximadamente 25 contenedores por hora, tal como se exige en los respectivos contratos de concesión, y llegando a un movimiento (ambos terminales portuarios) de casi 2 millones de contenedores.

Es evidente que con todos esos datos, tendríamos que señalar, sin lugar a dudas, que la política portuaria del Estado en relación a las concesiones portuarias ha sido la mejor, sin embargo, y si bien, aun cuando consideramos que la idea de concesionar ha sido una excelente iniciativa de parte del Estado, tal como se expresa en los artículos 1 y 2 de la Ley de Concesiones¹⁴⁵, consideramos que existen algunos aspectos de la política portuaria del Estado que podrían ser optimizados, en especial ahora que hay que consolidar y mejorar el progreso que se ha experimentado en los últimos 15 años.

En nuestra opinión, existen ciertos detalles, que tienen que ver más con la política general portuaria del Estado que con planes específicos para cada puerto. Creemos que concesionar está bien, pero no debe hacerse de cualquier manera. Así como no sería la opción más prudente el concesionar por concesionar, a veces tampoco lo es el querer buscar siempre el mejor postor. El Estado debe buscar un equilibrio al momento de diseñar las políticas portuarias de los próximos años, y tener en cuenta no solamente el beneficio económico sino también el beneficio social, que a la larga repercutirá en la población.

En ese orden de ideas, vale la pena recordar un hecho muy llamativo el cual consistía en un proyecto para operar un puerto privado de uso público en la bahía de Ancón, proyecto a cargo de un importante grupo económico del país. El proyecto consistía en construir un terminal portuario, sin que ello le genere gasto alguno al Estado y así competir por la carga que arriba al puerto del Callao, descongestionar las vías terrestres, generar más competencia y reactivar una zona económica que hoy por hoy es de las más pobres de toda la provincia de Lima.

Para ello, los gestores del proyecto firmaron alianzas con importantes líneas navieras y siguieron todos los lineamientos contemplados en la Ley de Puertos y su

¹⁴⁵ Texto Único Ordenado de las normas de rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

Artículo 1.- Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Artículo 2.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

Reglamento. Es más, el proyecto, que en un primer momento estaba aprobado para ser un terminal especializado en carga a granel, recibió también la autorización para ser un terminal de contenedores, con lo que, de haberse dado luz verde a este proyecto, se habría inclusive podido desregular las tarifas y entrar a competir por precios, hecho que beneficiaría enormemente a los usuarios y al público en general.

Asimismo, el proyecto cumplía con los requisitos establecidos en la legislación pertinente. El Plan Nacional de Desarrollo Portuario, en su primera versión, había considerado a la bahía de Ancón como una bahía apta y autorizada para desarrollar un proyecto de tal índole. Es así que la empresa que llevaba a cargo este proyecto sí cumplió con todos los requisitos de Ley para poder sacar adelante un proyecto que no sólo la habría beneficiado a ella, sino también a la comunidad de Ancón y al comercio exterior en general.

Es más, en el momento en que se desarrollaba el proyecto del puerto de Ancón, solo operaba en el puerto del Callao DP World (en el terminal sur) y Enapu (en el terminal norte), ya que recién se estaba desarrollando el concurso público para la concesión del muelle norte que finalmente terminó adjudicándose la empresa APM Terminals. El caso es que ni el contrato de concesión de DP World, así como tampoco la versión final del contrato de concesión de APM Terminals contemplaba alguna restricción o cláusula de no competencia dentro de determinada área geográfica de influencia; con lo que no se vulneraba ni afectaba los intereses de nadie.

Sin embargo, y así como se ha dado en proyectos mineros como Conga o Tía María, existió mucha presión política, en este caso de parte de los veraneantes de Ancón para impedir y detener el proyecto, y lamentablemente, éste no vio la luz ya que el Estado aprobó la Ley 29767 que declaró la intangibilidad de la bahía de Ancón¹⁴⁶.

Decimos “lamentablemente” ya que en nuestra opinión se trataba de un proyecto que no solamente iba a traer beneficios al negocio marítimo – portuario, sino que además iba a reactivar una economía que hoy se encuentra casi muerta, porque iba a generar trabajo indirecto al aperturar bancos, restaurantes, locales comerciales, establecimientos

¹⁴⁶ http://www.ssofia.com.pe/ancon_si_proyecto.html

de salud, entre otros, lo que iba a generar más empleo para más peruanos; sin embargo, y aquí es donde creemos que el Estado pudo hacer algo más, debido a decisiones políticas que nunca conoceremos, no sabremos si la negativa a este importante proyecto se debió a la presión mediática ejercida por los veraneantes de Ancón, o si hubo alguna influencia de parte de las empresas DP World y APM Terminals; ya que si estuviéramos en su posición, y además, considerando que se iban a invertir cientos de millones de dólares en infraestructura portuaria, es probable que no quisiéramos tener competencia a tan sólo 40 kilómetros de distancia, ya que esto significaría la posibilidad de perder cuantiosos ingresos para recuperar las inversiones comprometidas.

Es nuestro deber aclarar que nada de esto nos consta y son solo suposiciones y opiniones de esta investigación el hecho que ese hubiera podido ser uno de los motivos por los que no se gestó el proyecto del puerto de Ancón. Bien pudo darse el caso de haberse demostrado que habría algún daño ambiental, o la presión mediática de los veraneantes de Ancón, o alguna otra opción más que como hemos dicho, nunca sabremos, sin embargo, lo que sí está claro es que dicho proyecto no pudo concretarse.

Consideramos que es deber del Estado velar por el bienestar general de la población y no sólo por el de unas minorías, por lo que, si en el futuro aparecieran proyectos serios y además beneficiosos, como en nuestra opinión lo fue el del puerto de Ancón, pues entonces debe mantenerse firme, ya sea ante presiones de ciertos sectores de la población o inclusive respecto a ciertas presiones de inversionistas extranjeros, si fuera el caso, y adoptar las medidas que a la larga beneficiaran a la mayoría.

A veces es muy difícil tomar decisiones con las que todos en general se lleguen a encontrar a gusto. Sin embargo, así como cuando el Estado toma la decisión de concesionar, y puedan existir ciertos grupos de personas que, consideren se verán afectados por la decisión tomada por el Estado, a la larga, ésta es adoptada en aras de conseguir una situación de bienestar, mayor a la que se pudiera tener en ese momento.

En ese orden de ideas, y para finalizar este último punto de la investigación, consideramos que si bien la política de concesiones de parte del Estado ha sido acertada, en vista a que nos encontramos en una mejor situación que hace 15 años, y esta situación de mejoría no solo la experimenta el Estado, sino los inversionistas privados, usuarios y

público en general; deberíamos contar con normas legales actualizadas que sustenten todo lo que venimos diciendo, para que, si se presentara el caso que hubiera algún proyecto o alguna medida que pudiera beneficiar a la colectividad en general, aun cuando esto no fuera del agrado de determinados grupos de personas, se pueda recurrir a la norma y evitar interpretaciones, juicios o favoritismos hacia alguna de las partes. Mientras contemos con un texto legal objetivo, bien trabajado y de acuerdo a la realidad y necesidad de la política portuaria del país, consideramos que podremos seguir bajo el camino del crecimiento y mejora.

4.6 Conclusiones del cuarto capítulo.

1. El factor de competencia responde a la pregunta sobre cómo debo concesionar. La delimitación del factor de competencia debería orientarse hacia una de “competencia por el mercado”. Por ello, delimitar el factor de competencia consiste en identificar el o los elementos mediante los cuales los postores van a competir en determinada concesión. De esta manera, el Estado da a conocer las “reglas del juego” antes que éste inicie, y no solo precisa lo que requiere del operador que pudiera adjudicarse la concesión, sino que además define como lo quiere. En tal sentido, al incentivar la “competencia por el mercado”, aquellos postores que se encuentren interesados en participar en la concesión de algún puerto, además de acreditar sus cualidades técnicas y económicas, competirán entre sí para demostrar que tienen como cumplir con el o los elementos que el Estado requiere implementar en dicho puerto de forma tal que pueda operar en su máximo de eficiencia. Así pues, se asegura que cuando haya un ganador, sea el que fuere, lo haya hecho luego de competir con otros postores que también hubieran ofrecido características similares a aquellas buscadas por el Estado, pero que gracias a esta competencia previa, se ha podido elegir al más idóneo, garantizando así un buen servicio para los usuarios.

2. Para la asignación de un determinado factor de competencia, es necesario e importante conocer la idiosincrasia del puerto y la región donde éste se ubica. Mal haríamos en pensar que solo puede haber un factor de competencia ideal para decidir que postor se adjudicará determinada concesión. Normalmente

se tiene la creencia que el mejor factor de competencia es aquel que estipule el cobro de la menor tarifa, sin embargo, existen muchos otros factores que pudieran determinar que ese no sea necesariamente el mejor factor de competencia. Es aquí donde consideramos importante la intervención de la APN. Como entidad encargada y competente de la política portuaria del Estado, está en la obligación de desarrollar los estudios que correspondan para conocer a fondo la realidad de los puertos y sobretodo, entender lo que sucede en su zona de influencia, tanto los aspectos económicos, como también los políticos y sociales. De tal manera, le permitirá al Estado estar en una mejor posición al momento de lanzar algún concurso público, ya que sabrá identificar los requerimientos técnicos que necesita dicho puerto, y además, al conocerlo en realidad, podrá asignar elementos más precisos que permitirán tener una verdadera competencia y que el eventual ganador sea realmente la mejor opción para dicho puerto.

3. Para entender la dinámica del puerto hub, hay que tener presente que éste solo aplica para la carga de transbordo más no para la carga doméstica. Esto quiere decir que lo primero que debemos conocer, si es que quisiéramos convertirnos en un puerto hub, es el porcentaje de carga doméstica y carga de transbordo que tiene como movimiento determinado puerto. Así pues, en el caso del puerto del Callao, se observa que el 80% de la carga que entra y sale es carga doméstica, mientras que el 20% restante es la carga de transbordo. Distinto es el caso del puerto de Balboa en Panamá, en donde el 80% de la carga que entra y sale es carga de transbordo, mientras que el 20% restante es la carga doméstica. Esto es importante porque la carga doméstica tiene que entrar sí o sí por el puerto de destino, mientras que la carga de transbordo podría variar de puerto. Es por ese motivo que nuestro principal puerto aún no se encuentra en condiciones de ser un puerto hub, porque casi toda su capacidad se concentra en atender carga que tiene que pasar por sus patios de todas maneras, con lo que necesitaría más espacio para poder darse abasto para movilizar la carga de transbordo, lo que significaría incrementar su infraestructura y a la vez su eficiencia, que solo se logra con mayores inversiones. Por el momento debe concentrarse en ser más eficiente y cuando logre reducir la brecha de carga de transbordo versus carga doméstica, pues quizás ahí pueda aspirar a ser puerto hub.

4. Desde la perspectiva del sector privado, una concesión es una oportunidad de negocio que permite administrar un puerto a largo plazo, con lo que uno puede estructurar una estrategia de manejo que permite optimizar rendimientos y optimizar recursos para generar un retorno a largo plazo. Además, los activos que se necesitan para dicho negocio tienen una duración que va casi de la mano con el plazo de duración de la concesión. Por tanto, para el inversionista privado será más eficiente ingresar a una concesión de 20 años donde puedas obtener un 20% de retorno en lugar de ingresar a un negocio de 1 año donde pudieras obtener el 100% de retorno, porque pasado el año ya no se podría darle uso a los activos adquiridos. Así pues, es muy importante recordar que si la concesión no fuera un negocio, ningún operador privado participaría.

5. El cabotaje no es otra cosa que el transporte de mercancías y pasajeros entre los puertos dentro del territorio nacional. Una de las tantas ventajas que tiene el cabotaje es el hecho que se trata de un medio de transporte mucho más barato que el transporte terrestre (por camiones), gracias a su alta capacidad de carga (se estima que un buque podría transportar lo mismo que sesenta camiones); además de ser más seguro y no dañar la infraestructura vial del Estado ni someterla a constantes reparaciones. Estos hechos permitirían tener un medio de transporte alternativo, más barato y que a la larga beneficiaría a los importadores y exportadores, además de al público en general al poder contar con productos más competitivos. Todo ello sin contar con el hecho que se promovería una nueva industria como lo es la industria naviera nacional. Sin embargo, a la fecha el servicio de tal industria es casi nulo porque existen restricciones legales que impiden la prestación del referido servicio. El hecho de tener una Ley que exija que el cabotaje solo pueda ser prestado por empresas navieras nacionales con buques de bandera nacional; y sólo por un periodo excepcional de 6 meses y que además no es renovable, las empresas navieras nacionales puedan prestar el cabotaje con buques extranjeros; impide el despegue de esta industria que sería de gran beneficio, no sólo para las concesiones, sino también para el Estado en general. Esperemos que el Congreso apruebe una norma que permita prolongar el periodo de excepción y puedan, tanto empresas nacionales como extranjeras empezar a prestar el servicio de cabotaje.

6. El cabotaje sería un mecanismo de gran ayuda para la promoción y mejora de las concesiones portuarias, en el sentido que permitiría que ciertas empresas, que se encuentran dentro del rubro marítimo – portuario puedan ampliar su visión del negocio y darse cuenta que, si se adjudican una concesión que en principio podría no parecerles tan atractiva, pero que estuviera estratégicamente ubicada y/o dispuesta con otra concesión que si pudiera interesarles, pues entonces, seguramente participarían de forma tal que tendrían la posibilidad de adjudicarse una concesión en “paquete”, además de poder realizar una integración horizontal del negocio y realizar operaciones (como el cabotaje) que, para su buena suerte, no estarían sujetas a regulación, con lo que podrían cobrar un precio por ellas y así aumentar sus beneficios. Para ello, el Estado debería apoyar, eliminando las trabas legales existentes de forma tal que cualquier inversionista, nacional o extranjero pueda participar y beneficiarse del negocio, y diseñando concesiones portuarias en “paquete”; con lo que estaría apoyando a reactivar negocios inexistentes y evitaría tener que cofinanciar ciertas concesiones portuarias que en principio podrían ser no tan atractivas para el sector privado.

7. Consideramos que el ordenamiento jurídico vigente no es el más idóneo para las concesiones portuarias. Con esto no estamos criticando la normativa vigente pero si somos de la opinión que se ha quedado rezagada y no se encuentra al día con lo que representan las concesiones portuarias al día de hoy. Nuestra posición es que debería existir una norma general de concesiones, ya que actualmente se cuenta con una Ley general de concesiones y además una Ley de puertos, con lo que nos encontramos frente a un tema que es tratado con una Ley general y con una Ley especial o sectorial; y ya sabemos que lo especial prima sobre lo general, y aun cuando estamos de acuerdo con que haya una ley que trate específicamente los asuntos portuarios, también debería haber una ley que regule conceptos básicos de la figura de la concesión como bien lo es la definición de su concepto, o que regule la correlación respecto al tema de los plazos. Asimismo, queremos recalcar la importancia que tiene el hecho que las normas sean uniformes, ya que de lo contrario, seguiremos viendo casos como aquellos en donde se trata de igual manera a las infraestructuras portuarias existentes y a las infraestructuras portuarias nuevas, cuando claramente se tratan de escenarios

distintos y no puede ser posible que la Ley les conceda el mismo plazo, que en la realidad es menor para las infraestructuras portuarias nuevas, lo que origina que la recuperación de la inversión sea en mayor tiempo y además lo vuelve injusto, tomando en cuenta los riesgos asumidos. Esos, creemos, son aspectos que pueden mejorarse optimizando el ordenamiento jurídico vigente.

8. En nuestra opinión la política de concesiones portuarias de parte del Estado ha sido más que correcta, y así lo evidencia el hecho de tener operando seis infraestructuras portuarias bajo la modalidad de la concesión, y en donde dos de ellas (TISUR Y DPW) vienen arrojando resultados muy buenos, no sólo para los concesionarios, sino también para el Estado y los usuarios en general, quienes han ganado en eficiencia y en reducir los sobre costos logísticos que existían en el mercado. Sin embargo, consideramos que el Estado debería buscar fortalecer su política general de concesiones portuarias, mediante la implementación de una norma que se encuentre actualizada a la coyuntura existente o en su defecto, mediante modificaciones de la legislación existente, que permitan alcanzar el mayor beneficio para todos los agentes involucrados; de forma tal que, si apareciera un buen proyecto, como en su momento creemos que lo fue el del puerto de Ancón, el Estado pueda, mediante criterios objetivos, analizar e interpretar la norma, y de acuerdo a lo expuesto en la misma, poder determinar la viabilidad de determinado proyecto, sin que se tenga que entrar a realizar ponderaciones subjetivas, que puedan beneficiar únicamente a una parte de la población dejando de lado los intereses de la mayoría, que a la larga, repercuten en un mayor beneficio para el Estado.

CONCLUSIONES FINALES

1. La concesión es un acto administrativo. Tomamos como válida esta premisa sobre la base que el acto de concesionar determinado servicio público no nace del consenso y/o acuerdo de voluntades entre la entidad del Estado respectiva y el particular; sino que nace únicamente de parte del Estado, quien decide entregar en concesión determinado servicio público para que de esta manera el particular pueda participar de la gestión y operación de dicho servicio, el mismo que luego será definido, acordado y materializado a través del respectivo contrato administrativo: el contrato de concesión.

2. En un primer momento, el concepto de concesión fue entendido como un acto propio del soberano – del príncipe –; por medio del cual se otorgaban terrenos de la corona u otros privilegios en recompensa por servicios prestados a la autoridad por el súbdito beneficiario, motivo por el cual no sólo se concedía la gestión, sino también la propiedad. Al día de hoy, la evolución jurídica de esta figura nos muestra que la concesión ya no contempla la posibilidad de ceder el dominio (la titularidad). Es por ello que en todos los contratos de concesión portuaria encontramos una cláusula que señala que “la concesión no supone la transferencia de la titularidad de la infraestructura”.

3. La sociedad experimenta un cambio, a raíz de la Revolución Francesa, en donde se deja de lado conceptos como el Estado Absolutista para dar paso al Estado de Bienestar; y es precisamente ahí donde adquiere importancia la figura de la concesión administrativa: este nuevo Estado busca promover el desarrollo económico y a la vez satisfacer las necesidades públicas; por lo que autoriza que los privados puedan tener acceso a negocios reservados en un inicio para el Estado, y es así que al otorgarlos en concesión, permite que se desarrolle una burguesía emergente y a su vez, que la población pueda tener acceso general a servicios que mejoren su calidad de vida. Curiosamente, al día de hoy, somos testigos como el Estado persigue los mismos fines a través de las asociaciones público privadas, a través de la modalidad de la concesión.

4. Los puertos son considerados un servicio público y de vital importancia en nuestra economía. Se ha demostrado en esta investigación la repercusión que tienen, no sólo para los agentes involucrados en el transporte marítimo y el comercio exterior, sino también para el ciudadano común y corriente. La no modernización de los puertos, sumado al hecho de operarse bajo estándares ineficientes origina que nuestros productos pierdan competitividad y por ende resulten más caros, tanto para quienes quieren vender así como para quienes quieren comprar. En ese orden de ideas, el operador privado ha demostrado una mayor eficiencia al momento de operar los puertos, con lo que es necesario que el Estado destine importantes recursos económicos para continuar con la mejora de nuestros puertos, y creemos que a través de la figura de la concesión se puede llegar a ello sin que esto signifiquen mayores gastos para el tesoro público.

5. En los últimos años, el Perú ha ocupado el lugar 126 (de 133) en cuanto a calidad de puertos. Esto significa que el Estado ha descuidado la inversión en infraestructura portuaria. Este es un hecho importante de mencionar porque la inversión en infraestructura portuaria (y en infraestructura en general) no solamente permitirá optimizar nuestros puertos, sino que además reactivará una economía que ya ha entrado a recesión y generará mayor empleo, con lo que, al destinar recursos, ya sea a través de la inversión privada o a través del gasto público, se observará (i) un beneficio directo: la mejora en calidad, gestión y equipamiento portuario; y (ii) un beneficio indirecto: una inyección financiera a la economía nacional, generando mayor empleo y mejorando la calidad de vida de la población.

6. El tan controvertido debate acerca de la subsidiariedad del Estado en la economía, y en este caso en la prestación de los servicios públicos queda obsoleto puesto que, nuestra propuesta pasa por el hecho de transferir dichas prerrogativas al operador privado y que sea éste quien asuma los riesgos – y también los beneficios de la gestión portuaria. El Estado no va a perder su autonomía porque, como ya hemos visto, en ningún momento pierde la titularidad de la infraestructura concesionada, con lo que sigue ostentando las facultades de supervisión y fiscalización del servicio, además de obtener un beneficio

económico (canon) por la concesión del puerto. Y solo en caso en donde un privado no pueda o no quiera brindar un servicio que si sea considerado de interés general, pues es ahí donde se debe aplicar la excepción de la subsidiariedad y se permitiría que el Estado intervenga para garantizar la prestación de dicho servicio público.

7. Dentro del marco institucional del sector portuario, existen 6 entidades y/o instituciones principales, las cuales se encargan de poner a trabajar y funcionar el sistema portuario nacional. Si bien cada una de ellas cumple un papel importante dentro del proceso de concesión, que va desde la identificación del potencial inversionista privado; pasando por la estructuración del concurso público; la delimitación de los factores técnicos a tener en cuenta; la supervisión de aspectos relacionados al personal, el cuidado del medio ambiente y de la soberanía nacional; hasta la administración y operación del puerto, con su consecuente supervisión y fiscalización; en opinión de esta investigación, el papel que desempeña OSITRAN es el más gravitante y de mayor preponderancia porque a diferencia de las demás entidades, OSITRAN acompaña al privado durante toda la vida del contrato y está presente en el día a día de la operación. Además no sólo se interrelaciona con el operador privado, sino que representa los intereses del Estado y vela también por los usuarios del servicio, con lo que se convierte en el gran filtro que tiene este contrato y, en la medida que desempeñe correctamente sus funciones, se podrá conseguir una eficiente gestión de la instalación portuaria.

8. Desde que se inició, en 1999, la política de concesionar las infraestructuras portuarias, el Estado ha otorgado en concesión, en los últimos 15 años, 6 instalaciones portuarias: (i) Matarani; (ii) la zona sur del puerto del Callao, (iii) Paita, (iv) la zona norte del puerto del Callao, (v) Yurimaguas y (vi) Pisco. Este hecho no hace otra cosa que evidenciar que, a pesar de los aspectos que aún pueden y deben optimizarse, la concesión portuaria es una figura que está arrojando buenos resultados, en vista a que el Estado puede contar con puertos de mejor calidad sin que le haya significado utilizar fondos del tesoro público, y obteniendo, con el paso de los años, mayor eficiencia en la prestación de los servicios portuarios. Asimismo, es importante resaltar que, salvo en la concesión

del puerto de Pisco, el Estado siempre ha privilegiado la participación de al menos un operador portuario peruano dentro del consorcio que lleve a cabo la gestión de las instalaciones portuarias.

9. No debería darse el mismo trato a las concesiones de infraestructura portuaria existente que a las concesiones de infraestructura portuaria nueva. TISUR es un claro ejemplo de infraestructura portuaria existente mientras que DPW es un claro ejemplo de infraestructura portuaria nueva. Evidentemente, el caso de la infraestructura portuaria nueva demandará mayores inversiones, así como mayor asunción de riesgos, por lo que nuestro ordenamiento jurídico debería marcar algunas diferencias entre ambas, como por ejemplo respecto a temas relacionados con el plazo y sus renovaciones, o respecto a la transferencia del riesgo; aspectos que al día de hoy siguen sin ser debidamente regulados.

10. Esta investigación sugiere y recomienda que se implemente, con carácter de urgente, un cambio en la legislación sectorial vigente en relación a los plazos de operación de las concesiones portuarias, teniendo como referencia las diferencias entre las concesiones de infraestructuras portuarias nuevas y las concesiones de infraestructuras portuarias existentes. Consideramos inequitativo el hecho que una concesión como la de DPW (nueva) tenga el mismo plazo (en teoría) que la concesión de TISUR (existente), esto es, 30 años; cuando en la realidad, DPW sólo tiene 26 años efectivos (los primeros 4 se los pasó construyendo la infraestructura portuaria) mientras que TISUR si tenga los 30 años efectivos (dado que el puerto ya existía). Claramente, las inversiones y los riesgos que asume el privado al operar una infraestructura portuaria nueva son mayores al que opera una infraestructura portuaria existente; por lo que la recuperación de la inversión necesariamente tomará más tiempo. En ese orden de ideas, la normativa vigente debería buscar adecuar tal situación para que se encuentren al menos en igualdad de condiciones y no deje de ser atractivo para los grandes inversionistas portuarios el participar en los concursos de concesión de puertos.

11. Para la asignación de un determinado factor de competencia, es necesario e importante conocer la idiosincrasia del puerto y la región donde éste se ubica. Mal haríamos en pensar que solo puede haber un factor de competencia ideal para decidir qué postor se adjudicará determinada concesión. Normalmente se tiene la creencia que el mejor factor de competencia es aquel que estipule el cobro de la menor tarifa, sin embargo, existen muchos otros factores que pudieran determinar que ese no sea necesariamente el factor de competencia más idóneo. Aquí es donde debería entrar a tallar la APN con mayor preponderancia. En su calidad de entidad encargada de la política portuaria del Estado, tiene la obligación de desarrollar los estudios respectivos para conocer a fondo la realidad de los puertos y sus zonas de influencia, tanto los aspectos económicos, como también los políticos y sociales. De esta manera, el Estado estará en una mejor posición al momento de lanzar una concesión, ya que sabrá identificar los requerimientos técnicos que necesita dicho puerto, y además, podrá determinar cuál será el mejor factor de competencia, con lo que el eventual ganador será realmente la mejor opción para dicho puerto.

12. Al momento de concesionar un puerto, uno de los argumentos que se menciona con mayor frecuencia es que esto beneficiará al comercio exterior con lo que también se beneficiará el país. Sin embargo, y en vista a que el concesionario será un operador privado, es muy importante recordar que al empresario no le importa si el comercio exterior del país se beneficia por causa de la concesión portuaria. Ese es un beneficio accesorio. Al privado, lo que le importa es maximizar sus beneficios y por ese motivo es que busca adjudicarse la concesión privada, ya que si la concesión no fuera un negocio, ningún operador privado participaría. En ese orden de ideas, es opinión de ésta investigación que, el Estado se preocupe de su ganancia y deje que el privado se preocupe de la suya. Si el privado quiere ganar dinero, pues que gane dinero, pues al fin y al cabo está asumiendo el riesgo y destinando los recursos necesarios para obtener tal ganancia. El Estado, lo que deberá hacer es consolidar un marco legal claro y preciso donde estén plenamente determinados los deberes y obligaciones de las partes de forma tal que se obtenga la máxima eficiencia de la concesión. La ganancia del Estado pasa por tener un puerto de primer nivel, a costo cero y con una excelente calidad de servicio.

13. Consideramos que el ordenamiento jurídico vigente no es el más idóneo para las concesiones portuarias. Con esto no estamos criticando la normativa vigente pero si somos de la opinión que se ha quedado rezagada y no se encuentra al día con lo que representan las concesiones portuarias al día de hoy. Nuestra posición es que debería existir una norma general de concesiones, ya que actualmente se cuenta con una Ley General de Concesiones y además una Ley de Puertos, con lo que nos encontramos frente a un tema que es tratado con una Ley General y con una Ley Especial o Sectorial; y ya sabemos que lo especial prima sobre lo general, y aun cuando estamos de acuerdo con que haya una ley que trate específicamente los asuntos portuarios, también debería haber una ley que regule conceptos básicos de la figura de la concesión como bien lo es la definición de su concepto, o que regule los aspectos relacionados con los plazos. Estos, son algunos aspectos que pueden mejorarse optimizando el ordenamiento jurídico vigente.

14. En nuestra opinión, la política de concesiones portuarias de parte del Estado ha sido más que correcta, y así lo evidencia el hecho de tener operando seis infraestructuras portuarias bajo la modalidad de la concesión, y en donde dos de ellas (TISUR Y DPW) vienen arrojando resultados muy buenos, no sólo para los concesionarios, sino también para el Estado y los usuarios en general, quienes han ganado en eficiencia y en reducir los sobrecostos logísticos que existían en el mercado. Sin embargo, consideramos que el Estado debería buscar fortalecer su política general de concesiones portuarias, mediante la implementación de una norma que se encuentre actualizada a la coyuntura existente o en su defecto, mediante modificaciones de la legislación existente, que permitan alcanzar el mayor beneficio para todos los agentes involucrados; de forma tal que, si apareciera un buen proyecto, como en su momento creemos que lo fue el del puerto de Ancón, el Estado pueda, mediante criterios objetivos, analizar e interpretar la norma, y de acuerdo a lo expuesto en la misma, poder determinar la viabilidad de determinado proyecto, sin que se tenga que entrar a realizar ponderaciones subjetivas, que puedan beneficiar únicamente a una parte de la población dejando de lado los intereses de la mayoría, que a la larga, repercuten en un mayor beneficio para el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR, Lorena. LOVATÓN, Rodrigo. *Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?* Grupo de Análisis para el Desarrollo – GRADE. Lima, Marzo 2005, p. 17.

ALVA CASTRO, Luis. *¿Qué papel debe desempeñar el Estado en la economía?* Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, p. 7.

ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Lima: Ara. 2004, p.552.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *¿El Estado es Robo! ¿Por qué debe mantenerse el rol subsidiario en la Constitución?* Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, p. 6.

DEFILIPPI, Enzo. *Mecanismos de Eficiencia y Fortalecimiento de la Actividad Empresarial del Estado – Sector Portuario*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas, Setiembre 2008, p. 8.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*. Navarra: Thomson Reuters. Editorial Aranzadi S.A. 2012, p. 234.

GALINDO NEUMANN, Álvaro Fernando. *Entrevista al Director Ejecutivo del Terminal Internacional del Sur – TISUR*. Lima, 2014.

GARCÍA, Elías. *Faltan US\$ 88,000 millones para cerrar la brecha de infraestructura*. Lima: Diario Gestión. Jueves 25 de octubre del 2012, p. 12.

GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio. LARDIÉS NOGALES, Santiago. *El Capital Riesgo: Su Operativa*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2012, pp. 285-286.

GUASCH, José Luis. *Concesiones en infraestructura. ¿Cómo hacerlo bien?* Barcelona: Banco Mundial. 2004, p. 126.

<http://es.wikipedia.org>

<http://www.apn.gob.pe>

<http://www.mtc.gob.pe>

<http://www.ositran.gob.pe>

<http://www.proinversion.gob.pe>

KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado en la Economía*. Lima: Legal Express, Gaceta Jurídica. 2003, pp. 4 y 5.

_____. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. Lima: Revista “Themis”. 1999, p. 41.

Ley del Sistema Portuario Nacional – Ley N° 27943

Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo – Ley N° 26917.

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley N° 27332.

MANAYALLE, Alejandro. *Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la concesión del muelle sur en el terminal portuario del Callao*. Lima: Revista Themis 2011, pp. 257-258.

MARTIN, Richard. *Marco Legal de las Concesiones de Servicios Públicos y de la Obras Públicas de Infraestructura*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2011, p. 45.

PAREDES, Ricardo. SÁNCHEZ, José Miguel. *Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación*. Lima: Maestría en Derecho UPC, Regulación Económica. 2009, p. 15.

PERÚ, AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. *Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*. Lima: 2006, p. 101.

_____. *Versión Final del Contrato de Concesión. Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao*. Lima: Proinversión, 2011, p.10.

PERÚ, COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE CONCESIONES PRIVADAS. COMITÉ ESPECIAL. *Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani*. Lima: “PROMCEPRI”. 1999, p. 1.

PERÚ, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. *Plan Nacional de Desarrollo Portuario*. Lima: Diario Oficial “El Peruano”. Separata Especial. 2005, p. 7.

Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres – Decreto Supremo N° 028-DE/MGP.

Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional – Decreto Supremo N° 003-2004-MTC.

Texto Único Ordenado de las normas de rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

TRELLES DE BELAÚNDE, Oscar. *El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. Lima: Revista Themis N° 44. Julio 2002, p. 239.

UNIVERSIDAD ESAN. *Inversión en Infraestructura en el Perú. Impacto y Alternativas*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú. 2010, p. 5.

URÍA, Rodrigo. MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Editorial Aranzadi S.A. 2006, pp. 816-818.

VARGAS FRITZ, José Fernando. *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago, Chile: Revista “La Ley”. 1997, p.20.

VASQUEZ FRANCO, Gladys. *La concesión administrativa de servicio público*. Bogotá, Colombia: Temis. 1991, p.9

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. Lima: Revista “Themis”. 1999, p.101.

_____. *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima, Perú: Palestra Editores. 2005, pp. 28-35.