

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 070-2015-CD-OSITRAN

Lima, 30 de noviembre de 2015

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración presentado por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN y el Informe N° 035-2015-GRE-GAJ-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 24 de julio de 2006, el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPW o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, el 5 de setiembre de 2014, mediante Resolución N° 040-2014-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el inicio del procedimiento de revisión tarifaria de oficio en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao;

Que, mediante Nota N° 022-15-GRE-OSITRAN del 21 de abril de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020 (en adelante, la Propuesta Tarifaria del Regulador);

Que, el 29 de abril de 2015, mediante Resolución N° 019-2015-CD-OSITRAN se dispuso la publicación de la mencionada propuesta en el Diario Oficial El Peruano y su difusión en el Portal Institucional de OSITRAN. Asimismo, se encargó la convocatoria a la Audiencia Pública y se otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios o sugerencias a la propuesta del Regulador;

Que, el 25 de mayo de 2015, se llevó a cabo una sesión del Consejo de Usuarios de Puertos en la que OSITRAN presentó la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao para el periodo 2015 – 2020;

Que, el 27 de mayo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia Pública en la que OSITRAN presentó la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao para el periodo 2015 - 2020. Así, dentro del plazo establecido se recibieron los comentarios de DPW y de otros participantes;

Que, mediante Nota N° 040-15-GRE-OSITRAN, de fecha 24 de junio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos elevó a la Gerencia General el Informe que sustentó las



tarifas máximas en el TMS para el periodo 2015-2010, la Exposición de Motivos, la Matriz de Comentarios y el Proyecto de Resolución;

Que, con fecha 14 de julio de 2015, DPW hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN a fin de sustentar su posición sobre la Propuesta Tarifaria del Regulador. En la fecha mencionada, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1855-556-15-CD-OSITRAN, mediante el cual solicitó que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, realice actuaciones complementarias a fin de requerir información técnica y económica a DPW que sustente los argumentos nuevos que expresó en el informe oral;

Que, mediante Oficio N° 085-15-GRE-OSITRAN, notificado el 15 de julio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó a la Autoridad Portuaria Nacional información acerca de las obras ejecutadas con fondos correspondientes al aporte por concepto de Inversión Complementaria Adicional (en adelante, ICA) realizado por DPW. Ello, fue atendido mediante Oficio N° 606-2015-APN//GG/DIPLA, de fecha 23 de julio de 2015. Adicionalmente, mediante Oficio N° 086-15-GRE-OSITRAN, notificado el 15 de julio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó a DPW la presentación de un informe técnico con el debido sustento económico, respecto a los argumentos que fueron esgrimidos en el informe oral del 14 de julio de 2015 referidos a la ICA;

Que, el 22 de julio de 2015, mediante Carta N° GAC.DPWC.176.2015, el Concesionario solicitó la ampliación del plazo inicialmente otorgado a fin de culminar la preparación del informe técnico requerido, el cual fue otorgado mediante Oficio N° 089-15-GRE-OSITRAN, recibido el 24 de julio de 2015, en el cual se le concedió un plazo de cinco (05) días hábiles adicionales;

Que, debido a las actuaciones complementarias solicitadas a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, con fecha 30 de julio de 2015, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución N° 047-15-CD-OSITRAN, dispuso que la vigencia de las tarifas máximas que se cobran en el Terminal Muelle Sur del Puerto del Callao se extienda hasta que el Consejo Directivo emita la Resolución Tarifaria mediante la cual se apruebe el factor de productividad y entren en vigencia las nuevas tarifas reguladas;

Que, mediante Informe N° 026-15-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 04 de agosto de 2015, se solicitó al Consejo Directivo del OSITRAN conceder a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos una prórroga en el plazo otorgado para la ejecución de actuaciones complementarias hasta el 31 de agosto de 2015, lo cual fue concedido mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1866-559-15-CD-OSITRAN de fecha 07 de agosto de 2015;

Que, mediante Carta N° GAC-DPWC-186-2015 del 10 de agosto de 2015, DPW dio respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Oficio N° 086-15-GRE-OSITRAN;

Que, con fecha 31 de agosto de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos elevó a la Gerencia General la Nota N° 056-15-GRE-OSITRAN, en la cual adjuntaron el Informe que sustenta las Tarifas Máximas en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020, la Exposición de Motivos, la Matriz de Comentarios y el Proyecto de Resolución;



Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, de fecha 28 de setiembre de 2015, se aprobó el factor de productividad de 4,14%;

Que, con fecha 30 de setiembre de 2015, DPW fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN que se sustenta en el Informe "Revisión Tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020" que forma parte integrante de la referida Resolución;

Que, con fecha 23 de octubre de 2015, DPW interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN;

Que, se ha verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de los recursos impugnativos establecidos por la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), habiéndose presentado el recurso de reconsideración dentro del plazo previsto por Ley;

Que, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos y de Asesoría Jurídica han presentado al Consejo Directivo el Informe N° 035-2015-GRE-GAJ-OSITRAN, donde emiten opinión respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto por DPWC contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, recomendando declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto sobre la base de los siguientes fundamentos:



- El argumento de DPWC por el que señala que el Regulador habría realizado indebidamente una interpretación contractual del Contrato de Concesión, carece de sustento dado que ha quedado acreditado que lo realizado por OSITRAN en el Informe que sustenta la resolución impugnada, fue una aplicación estricta de las Cláusulas 8.19, 1.20.59, 9.2 y el Anexo 18 del Contrato de Concesión, luego de lo cual se concluyó que la ICA no puede ser considerada como inversión adicional debido a que constituye un aporte recibido por el Estado de parte del Concesionario (que a su vez integra parte de un fideicomiso) y no un insumo utilizado para la producción de servicios portuarios durante la explotación del TMS, debido a que las obras ejecutadas con cargo a ella no son realizadas por el Concesionario, sino por un patrimonio autónomo distinto a DPW, según la prioridad determinada por la APN.



- En el Informe de Revisión Tarifaria se señaló que el Regulador ha optado por utilizar el enfoque de productividad del Concesionario en todos sus procesos de revisión tarifaria, lo cual no se contrapone con lo establecido en la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del TMS. La elección de este enfoque, en el que los aportes realizados a los socios de facto del Concesionario no son considerados en el cálculo del factor de productividad, tampoco constituye una interpretación del Contrato de Concesión.



- Considerando la decisión del Regulador por utilizar el enfoque de productividad del Concesionario o enfoque restringido en todos los procedimientos de revisión tarifaria llevados a cabo hasta la fecha, así como el hecho que la ICA es un aporte del Concesionario transferido en dominio fiduciario, en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, no corresponde incluir el aporte de la ICA en el cálculo del factor de productividad del TMS.



- La ICA no ha sido definida por el Estado Peruano como un activo necesario para la producción, dado que se ha determinado que la ICA no implica el derecho de explotación de un activo fijo. Asimismo, la ICA no cumple con las condiciones para ser clasificada como un activo intangible, tal como pretende el Concesionario.
- Las cláusulas de caducidad del Contrato de Concesión no vinculan a la ICA con la Explotación de la Concesión, sino que, por el contrario, esta última está destinada a la recuperación de la inversión en Obras, las cuales incluyen la construcción y equipamiento del TMS, así como los bienes utilizados, construidos, explotados y mantenidos por DPW.

Que, respecto a lo señalado en el citado Informe, este Consejo Directivo manifiesta su conformidad y hace suyos los fundamentos del mismo, y acorde con el numeral 6.2 del artículo 6º de la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, dicho Informe constituyen parte integrante de la presente Resolución y de su motivación;

Por lo expuesto, y en virtud de sus funciones previstas en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM y sus modificatorias, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Nº 570-15-CD-OSITRAN y sobre la base del Informe Nº 035-2015-GRE-GAJ-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar infundado el Recurso de Reconsideración presentado por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 059-2015-CD-OSITRAN, mediante la cual se aprobó el factor de productividad de 4,14 % (cuatro y 14/100 puntos porcentuales).

Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución y el Informe Nº 035-2015-GRE-GAJ-OSITRAN a DP World Callao S.R.L., dándose por agotada la vía administrativa. Asimismo, notificar la presente Resolución y el Informe que la sustenta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

Artículo 3º.- Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe Nº 035-2015-GRE-GAJ-OSITRAN en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese , comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

INFORME N° 035-15-GRE-GAJ-OSITRAN

Para: **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**
Gerente General

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

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica



Asunto: Recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, que aprueba el factor de productividad aplicable al Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020

Fecha: 24 de noviembre de 2015

I. OBJETIVO

1. Analizar la admisibilidad y procedencia del Recurso de Reconsideración interpuesto por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, que aprobó el factor de productividad de 4,14% aplicable al Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020.

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de julio de 2006, el Estado Peruano y DP World Callao S.R.L (en adelante, DPW o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 5 de setiembre de 2014, mediante Resolución N° 040-2014-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el inicio del procedimiento de revisión tarifaria de oficio en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao (en adelante, TMS) de los siguientes servicios prestados por el Concesionario:

- Servicios en función a la Nave
Por Metro de Eslora-Hora (o fracción de hora)
- Servicios en función a la Carga
Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
Tarifa por contenedor vacío de 20 pies
Tarifa por contenedor vacío de 40 pies
- Tarifas de Transbordo
Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
Tarifa por contenedor vacío de 20 pies



Tarifa por contenedor vacío de 40 pies

Para contenedores de otras dimensiones se adecuarán a las de 20 y 40, según corresponda.

4. Mediante Nota N° 022-15-GRE-OSITRAN del 21 de abril de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020 (en adelante, la Propuesta Tarifaria del Regulador).
5. El 29 de abril de 2015, mediante Resolución N° 019-2015-CD-OSITRAN se dispuso la publicación de la mencionada propuesta en el Diario Oficial El Peruano y su difusión en el Portal Institucional de OSITRAN. Asimismo, se encargó la convocatoria a la Audiencia Pública y se otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios o sugerencias a la propuesta del Regulador.
6. El 25 de mayo de 2015, se llevó a cabo una sesión del Consejo de Usuarios de Puertos en la que OSITRAN presentó la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao para el periodo 2015 – 2020.
7. El 27 de mayo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia Pública en la que OSITRAN presentó la Propuesta de Revisión Tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao para el periodo 2015 - 2020. Así, dentro del plazo establecido se recibieron los comentarios de DPW y de otros participantes.
8. Mediante Nota N° 040-15-GRE-OSITRAN de fecha 24 de junio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos elevó a la Gerencia General lo siguiente: el Informe que sustenta las tarifas máximas en el TMS para el periodo 2015-2010, la Exposición de Motivos, la Matriz de Comentarios y el Proyecto de Resolución.
9. Con fecha 14 de julio de 2015, DPW hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN a fin de sustentar su posición sobre la Propuesta Tarifaria del Regulador. En la fecha mencionada, el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1855-556-15-CD-OSITRAN, mediante el cual solicitó que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, realice actuaciones complementarias a fin de requerir información técnica y económica a DPW que sustente los argumentos nuevos que expresó en el informe oral. Estos señalaron que la Inversión Complementaria Adicional (ICA) no es imputable en su integridad a su proceso productivo, pues comprende obras de uso común que benefician y son necesarias para la operación de todos los concesionarios que operan en el Terminal Portuario del Callao; y que las disposiciones contractuales aplicables a la caducidad de la concesión les otorgan el derecho de recuperar la ICA.
10. Mediante Oficio N° 085-15-GRE-OSITRAN, notificado el 15 de julio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó a la Autoridad Portuaria Nacional información acerca de las obras ejecutadas con fondos correspondientes al aporte por concepto de Inversión Complementaria Adicional (en adelante ICA) realizado por DPW. Esto fue atendido mediante Oficio N° 606-2015-APN//GG/DIPLA de fecha 23 de julio de 2015. Por otro lado, mediante Oficio N° 086-15-GRE-OSITRAN, notificado el 15 de julio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos solicitó a DPW la presentación de un informe técnico con el debido sustento económico, respecto a los argumentos que fueron esgrimidos en el informe oral del 14 de julio de 2015 referidos a la ICA.



11. El 22 de julio de 2015, mediante Carta N° GAC.DPWC.176.2015, el Concesionario solicitó la ampliación del plazo inicialmente otorgado a fin de culminar la preparación del informe técnico requerido.
12. Mediante Oficio N° 089-15-GRE-OSITRAN, recibido el 24 de julio de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos otorgó al Concesionario un plazo de cinco (05) días hábiles adicionales al plazo otorgado inicialmente.
13. Debido a las actuaciones complementarias solicitadas a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, con fecha 30 de julio de 2015, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante Resolución N° 047-15-CD-OSITRAN, dispuso que la vigencia de las tarifas máximas que se cobran en el Terminal Muelle Sur del Puerto del Callao se extienda hasta que el Consejo Directivo emita la Resolución Tarifaria mediante la cual se apruebe el factor de productividad y entren en vigencia las nuevas tarifas reguladas correspondientes.
14. Mediante Informe N° 026-15-GRE-GAJ-OSITRAN de fecha 04 de agosto de 2015, se solicitó al Consejo Directivo del OSITRAN conceder a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos una prórroga en el plazo otorgado para la ejecución de actuaciones complementarias hasta el 31 de agosto de 2015. Esto fue concedido mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1866-559-15-CD-OSITRAN de fecha 07 de agosto de 2015.
15. Mediante Carta N° GAC-DPWC-186-2015 del 10 de agosto de 2015, DPW dio respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Oficio N° 086-15-GRE-OSITRAN.
16. Con fecha 31 de agosto de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos elevó a la Gerencia General la Nota N° 056-15-GRE-OSITRAN, en la cual se adjuntan los siguientes documentos: Informe que sustenta las Tarifas Máximas en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020, Exposición de Motivos, Matriz de Comentarios y Proyecto de Resolución.
17. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, de fecha 28 de setiembre de 2015, se aprobó el factor de productividad de 4,14%.
18. Con fecha 30 de setiembre de 2015, DPW fue notificado con la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN que se sustenta en el Informe "Revisión Tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao 2015-2020" y (en adelante, Informe de Revisión Tarifaria) que forma parte integrante de la referida Resolución.
19. Con fecha 23 de octubre de 2015, DPW interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

20. Mediante su Recurso de Reconsideración, DPW impugnó la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN que aprobó el factor de productividad de 4,14%, a fin que el Consejo Directivo reconozca la ICA como una inversión que constituye un insumo utilizado por el Concesionario para la producción de servicios portuarios durante la Explotación del TMS, y en consecuencia, la incorpore en su cálculo del factor de productividad aplicable a las Tarifas del Muelle Sur, para el quinquenio 2015-2020.



21. A fin de emitir pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración presentado, corresponde evaluar los siguientes aspectos desde una perspectiva técnico legal:

III.1 Admisibilidad del recurso de reconsideración.

III.2 Los argumentos del Concesionario

III.3 Evaluación de los argumentos presentados por el Concesionario

III.1 Admisibilidad del Recurso de reconsideración

22. El artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), prevé la facultad de contradicción de los administrados a través del recurso de reconsideración el cual es deducido ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, estableciendo que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
23. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 207° de la LPAG, el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios. Asimismo, el artículo 212° de la LPAG señala que vencido el plazo para interponer tales recursos, se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto¹.
24. En síntesis, de conformidad con las disposiciones normativas aludidas, los requisitos concurrentes para la interposición del recurso de reconsideración son los siguientes:
- Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación.
 - Que se sustente en nueva prueba, excepto que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
 - Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
 - Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG y sea autorizado por letrado.
25. En este sentido, a continuación se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN:
- a. La Resolución N° 059-2015-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo. DPW interpuso ante el mismo órgano el Recurso de Reconsideración contra dicha resolución. Por tanto, dado que la resolución que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el Recurso de Reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor, se entiende cumplido el primer requisito.



¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
"212.- Acto Firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto (...)"

- b. El Consejo Directivo del OSITRAN ejerce de manera exclusiva la función reguladora, puesto que, de acuerdo con los artículos 5° y 6° del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificatorias (en adelante, el RETA), el artículo 16° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificatorias (en adelante, el REGO), es competencia de éste órgano ejercer tal función. Además, según lo prescrito por el artículo 6°, concordado con el artículo 1° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la máxima autoridad de OSITRAN es el Consejo Directivo. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del Recurso de Reconsideración.
- c. Conforme lo establece el numeral 133.1 del artículo 133° de la LPAG, el plazo expresado en días, es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo que DPW fue notificado con la Resolución N° 059-2015-CD-OSITRAN, el 30 de setiembre de 2015, su plazo de 15 días hábiles para la interposición del Recurso de Reconsideración venció el 23 de octubre de 2015; motivo por el cual se aprecia que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, cumpliendo lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207° de la LPAG.
- d. Con la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, se aprobó el factor de productividad aplicable a las tarifas del TMS para el periodo 2015 - 2020. En ese orden de ideas, DPW tiene legítimo interés para interponer el recurso de reconsideración contra el referido acto administrativo.

26. El Recurso de Reconsideración interpuesto por DPW consigna respectivamente los requisitos de forma previstos en el artículo 113° de la LPAG. En conclusión, debe admitirse a trámite el recurso administrativo interpuesto por DPW.

III.2 Los argumentos del Concesionario

27. DPW en su recurso administrativo plantea los siguientes argumentos:

- (i) OSITRAN ha interpretado el Contrato de Concesión. Dicha interpretación se encuentra resumida en los numerales 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria, los cuales señalan:

"545. En tal sentido, no resulta admisible efectuar una interpretación como la planteada por DPW, más aun si un procedimiento de revisión tarifaria no es la vía adecuada para efectuarla. Por tales razones, debe desestimarse este comentario formulado por el Concesionario."

(...)

548. Sobre el particular, cabe precisar que las razones por las cuales OSITRAN no puede incluir a la ICA en el cálculo del factor de productividad, han sido ampliamente desarrollados en las secciones anteriores, y están relacionadas con el hecho que la ICA no puede ser considerada como inversión adicional en los términos contenidos en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión; ya que ella constituye un aporte recibido por el Estado de parte del Concesionario y no un insumo utilizado por el Concesionario para la producción de servicios



portuarios durante la explotación del TMS (tal como se precisó anteriormente, la ICA es una transferencia de recursos en dominio fiduciario en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, sin que DPW se encuentre comprometido a ejecutar obra alguna)".

Asimismo, el Concesionario señala que en diversas partes de la resolución de revisión tarifaria (fundamentos 400 a 415) no se ha hecho otra cosa que interpretar el Contrato de Concesión fuera del marco del procedimiento de interpretación previsto para ello, a partir de lo cual se ha concluido que la ICA no constituye una inversión a ser considerada en el factor de productividad.

- (ii) La ICA no es un mero aporte económico sino una inversión que debe ser reconocida como tal. El Concesionario señala que, como su nombre lo establece, la ICA es una "inversión" que si bien se traduce en un aporte dinerario, califica como tal porque las partes así lo establecieron y ello se encuentra recogido en el Contrato de Concesión. Así la ICA forma parte de un concepto contractual más amplio que es la "Inversión Complementaria" que comprende tanto a la ICA como a la ICM (Inversión Complementaria Mínima).

DPW señala que la ICA es un compromiso del Concesionario de hacer determinados pagos que serán utilizados para la ejecución de ciertas obras establecidas en el Contrato y que estarán a cargo de la APN, de manera que tanto la ICA como la ICM son inversiones necesarias para la prestación de los servicios que impactan en los ingresos del Concesionario y en la productividad del TMS.

Finalmente, DPW señala que no resulta relevante que los aportes de la ICA sean transferidos en dominio fiduciario a un Patrimonio Fideicometido, pues por ese hecho los aportes de la ICA no pierden su calidad de "inversión destinada para la ejecución de inversiones", y el Concesionario no deja de tener control sobre el destino de los mismos. En ese sentido, el Concesionario señala que el Patrimonio Fideicometido lo único que busca es garantizar que la ejecución de la inversión se realice para los fines establecidos en el Contrato de Concesión.

- (iii) La ICA es una inversión necesaria para la producción. DPW señala que el Regulador ha desconocido lo señalado por PROINVERSION cuando absolvió la Consulta N° 29 en la Circular N° 10 del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TMS. Así, DPW señala que la declaración del Estado Peruano fue clara: *"la ICA es una inversión necesaria para la producción"*, con lo cual, DPW tiene derecho a recuperar lo invertido a través de los mecanismos previstos en el Contrato de Concesión.

- (iv) DPW tiene derecho a recuperar la ICA. DPW cuestiona el argumento de OSITRAN (numeral 621 del Informe de Revisión Tarifaria que forma parte de la Resolución impugnada) referido a que el Concesionario sólo podría recuperar su inversión por concepto de ICA en caso se produzca un supuesto de caducidad, pues tanto los montos asociados a la construcción del TMS, como a la ICM y a la ICA constituyen compromisos de inversión, y como tales, el Concesionario tiene derecho a recuperarlos a través de la explotación de la concesión.

III.3. Análisis de los argumentos presentados por el Concesionario

- III.3.1. Respecto del argumento referido a que OSITRAN ha interpretado el Contrato de Concesión



28. Como se ha señalado, uno de los argumentos esgrimidos por el Concesionario consiste en que el Regulador en el Informe de Revisión Tarifaria habría efectuado una interpretación del Contrato de Concesión de las cláusulas vinculadas con el ICA y el factor de productividad.
29. Al respecto, llama la atención lo señalado por DPW, toda vez que a lo largo del procedimiento de revisión tarifaria, ni el Concesionario, ni mucho menos el Regulador, han señalado que en el caso de la ICA y el factor de productividad, existen cláusulas del Contrato de Concesión que presenten vacíos o ambigüedades, y que para efectos de aplicarlas al referido procedimiento, requieran ser aclaradas. Tan claro es el hecho que el Concesionario en ningún momento alegó la existencia de una cláusula ambigua u oscura, que DPW, a pesar que el marco legal vigente se lo permite, nunca solicitó al Regulador la interpretación del Contrato de Concesión.
30. En este punto es pertinente señalar que el procedimiento de interpretación contractual no es un tema que le sea ajeno o desconocido al Concesionario. En efecto, en el caso de la implementación de la Segunda Fase del TMS, DPW solicitó al Regulador la interpretación del ítem I del Anexo 4 (Parámetros Técnicos de Cumplimiento Obligatorio) del Contrato de Concesión², ante lo cual el OSITRAN emitió el pronunciamiento correspondiente a través de la Resolución N° 033-2013-CD-OSITRAN del 10 de junio de 2013³.
31. Teniendo en cuenta dicho antecedente, puede afirmarse que el Concesionario tenía claro que no era necesario activar el mecanismo de interpretación contractual que puede tramitarse ante el Regulador, ya que para aquellas cláusulas vinculadas con el ICA y el factor de productividad no presentaban vacíos o ambigüedades que hayan ameritado el inicio de un procedimiento de interpretación contractual.
32. A mayor abundamiento, el Regulador tampoco ha señalado en algún momento del procedimiento de revisión tarifaria, que las cláusulas vinculadas a la ICA y el factor de productividad presenten vacíos o ambigüedades que requieran ser dilucidadas vía interpretación contractual. Por el contrario, como se verá más adelante en extenso, para OSITRAN dichos vacíos no se presentaban, correspondiendo aplicar dichas cláusulas de manera literal al referido procedimiento.
33. Sin perjuicio de todo lo indicado, a continuación emitiremos pronunciamiento sobre el argumento planteado por el Concesionario, consistente en que el Regulador ha llevado a cabo una interpretación contractual, concretamente en los fundamentos 400 a 415, y 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria.
- a) Evaluación de los argumentos 400 a 415 del Informe de Revisión Tarifaria**
34. Previamente, es importante tomar en consideración lo que implica una interpretación del contrato de concesión, para lo cual se hace necesario señalar que por Acuerdo N° 557-



² Solicitud presentada el 12 de julio de 2012.

³ En dicha resolución se interpretó que "La implementación de la nueva infraestructura (segunda fase en términos de su propuesta técnica – Anexo 16 del Contrato de Concesión) constituye una obligación de DP World Callao S.R.L. y no sólo una actividad sujeta a la decisión discrecional de dicha empresa. Así, luego de determinada que la tasa de ocupabilidad del Muelle supera el 70%, DP World Callao S.R.L. se encuentra obligado a formular y presentar ante la Autoridad Portuaria Nacional el Expediente Técnico conducente a la implementación de la Fase 2 – operación de la nueva infraestructura y el equipamiento adicional, de acuerdo a su propuesta técnica."

154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (en adelante, los Lineamientos), dispositivo en el cual se señala que la interpretación está orientada a determinar el sentido y significado de una o más cláusulas dudosas del Contrato de Concesión o que no sean claras, a fin de darle claridad al texto y hacer posible su aplicación.

35. De esta manera, por interpretación debemos entender a aquella "(...) *operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como 'voluntad común' de una determinada regulación contractual*". Para tal efecto, Barchi (2007) precisa que: "*Como el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad 'común' que se traduce en el acuerdo*"⁴.
36. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) agrega que "(...) *la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido 'crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial'*. Para ello, el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer 'lo expresado' como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe"⁵.
37. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, aceptando en todo momento que las partes adoptaron su contenido actuando de buena fe, todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación.
38. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar entonces consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos. Lo expuesto no implica que este Regulador se encuentre facultado a crear obligaciones que no se encuentre contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del OSITRAN, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.
39. Teniendo en consideración lo anterior, el OSITRAN se encuentra facultado a interpretar los Contratos de Concesión, a solicitud de cualquiera de las partes contratantes, o de oficio, destacándose que el elemento determinante para ello, es la oscuridad o ambigüedad de la declaración expresada en el Contrato de Concesión, sus Anexos, Bases y Circulares, de tal manera, que a través de la interpretación se determine cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de la cláusula contractual en cuestión.

⁴ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano (2007). *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III. p.1768.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2007). *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina*. Ed. Grijley. Tomo II. p. 1649.



40. En torno a los fundamentos 400 a 415 del Informe de Revisión Tarifaria que forma parte integrante de la resolución impugnada, debe señalarse que en ellos se analizó el alcance de la ICA de la manera siguiente:

a) Sobre el alcance de la ICA

404. En el acápite b de la Cláusula 1.20.59 del Contrato de Concesión se define a la ICA de la manera siguiente:

"b. Inversión Complementaria Adicional (ICA): Es el monto que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima fue ofrecida por el Adjudicatario como componente de su Propuesta Económica. La ICA será transferida en dominio fiduciario de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Anexo N°18 del presente Contrato".

405. Como se advierte, de acuerdo con el Contrato de Concesión, la ICA es el aporte que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima, fue ofrecido por DPW como componente de su Propuesta Económica, y que deberá ser transferido por el Concesionario, en dominio fiduciario, a un patrimonio fideicometido creado exclusivamente para su administración. Como ha quedado evidenciado, la ICA fue ofrecida por el Concesionario como factor de competencia del concurso lo que le permitió adjudicarse la concesión".

406. Respecto a la figura del fideicomiso, el artículo 241 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS (en adelante, Ley de Banca y Seguros), establece lo siguiente:

"Artículo 241.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO:

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios (...)"

407. De otro lado, el artículo 252° de la Ley de Banca y Seguros, establece que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubiese establecido en el acto constitutivo. Adicionalmente, el último párrafo del artículo antes mencionado señala que la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo.

408. Cabe indicar que en doctrina el fideicomiso ha sido definido como una figura compleja, estructurada sobre dos elementos esenciales: la transferencia de bienes en dominio fiduciario y la constitución de un patrimonio autónomo fideicometido. Así, se puede señalar que el Fideicomiso es un negocio jurídico por el cual una persona (fideicomitente) transmite el dominio fiduciario de ciertos bienes a un patrimonio que será administrado por otra persona (fiduciario), quien está obligada a disponer de los bienes o ejercitar los derechos para la realización de ciertos fines preestablecidos, en beneficio de una tercera persona (fideicomisario).



409. De esta manera, el fideicomiso es un instrumento legal que permite aislar los bienes del patrimonio de una persona para dedicarlos a una finalidad o actividad específica. Los bienes "salen" del patrimonio de una persona sin incorporarse al patrimonio de otra. Se crea pues un patrimonio cuya característica principal es que no pertenece en estricto a ningún sujeto de derecho sino que es un patrimonio autónomo.

410. Ahora bien, para que opere esta transferencia de bienes en dominio fiduciario se requiere que el fideicomitente sea el propietario de los bienes o titular de los derechos que serán transferidos en fideicomiso, quien para efectos de poder celebrar esta operación, requiere contar necesariamente con la facultad de disposición de los bienes o derechos que transmita el fideicomiso.

411. En el presente caso, el Anexo N° 18 del Contrato de Concesión contempla la finalidad del Contrato de Fideicomiso, en los siguientes términos:

"La finalidad del Contrato de Fideicomiso será administrar la Inversión Complementaria Adicional, con el objetivo que la misma sea destinada a pagar los costos, gastos e inversiones que se identifican en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión".

412. En relación con ello, la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión señala que el aporte de la ICA, transferido en dominio fiduciario, deberá ser utilizado en primer lugar, para cubrir los costos de administración y mantenimiento del patrimonio fideicometido, incluyendo pero no limitándose al pago de tributos vinculados al patrimonio fideicometido, los gastos en que incurra el fiduciario vinculados al patrimonio fideicometido (incluyendo los gastos de supervisión que el fiduciario pueda contratar) y la retribución del fiduciario.

413. En segundo lugar, el aporte de la ICA transferido en dominio fiduciario, deberá ser utilizado para inversiones en el Puerto del Callao, en los ítems que se mencionan a continuación, según la prioridad que para dicho efecto establezca la APN y de acuerdo a los mecanismos que deberán establecerse en el respectivo contrato de fideicomiso:

- Ayudas a la navegación de las áreas comunes.
- Implementación de Sistemas de Protección y Seguridad en lo referente a áreas comunes.
- Mejoras de accesos terrestres.
- Implementación en Sistemas de Información Comunitario (SIC).
- Ampliación de la bocana de acceso al Puerto del Callao.
- Profundización adicional del canal de acceso y la poza de maniobras.
- Desarrollo de Zonas de Actividades Logísticas (ZAL).

414. De lo expuesto, se advierte que, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, la obligación del Concesionario es la de desembolsar el aporte correspondiente a la ICA en los plazos previstos contractualmente⁶ y transferirlos en dominio fiduciario al Fideicomiso. Como consecuencia de dicha transferencia, el Concesionario deja de ser titular de los recursos transferidos, siendo el Fideicomiso el que se encargará de administrarlos y destinarlos a la ejecución de las obras antes mencionadas, en la prioridad que establezca la APN.

⁶ La ICA ofrecida por el Concesionario fue de USD 144 00 000,00 (ciento cuarenta y cuatro millones de dólares). De acuerdo con la Cláusula 9.4.3 del Contrato de Concesión, en caso el monto de la Inversión Complementaria Adicional sea mayor a veinte millones y 00/100 Dólares (USD 20 000 000,00), los primeros diez millones y 00/100 Dólares (USD 10 000 000,00) deberán ser transferidos en dominio fiduciario en un plazo no mayor de noventa (90) Días Calendario contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato. Los siguientes diez millones y 00/100 Dólares (USD 10 000 000,00) deberán ser transferidos en dominio, fiduciario en dos cuotas iguales a ser canceladas a los seis (06) y doce (12) meses respectivamente desde la fecha de inicio de la Explotación con dos Amarraderos y el saldo en ocho cuotas semestrales iguales, contadas desde la fecha de vencimiento del pago de la última cuota correspondiente los segundos diez millones y 00/100 Dólares (USD 10 000 000,00).



415. *En tal sentido, resulta claro que las inversiones realizadas en el Puerto del Callao con cargo al ICA, no son inversiones efectuadas por el Concesionario, sino por el Patrimonio Fideicometido creado como consecuencia de la suscripción del Contrato de Fideicomiso, patrimonio que es autónomo y distinto del Fideicomitente (DPW); Fiduciario y del Fideicomisario (APN)."*

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

41. Como puede apreciarse del texto transcrito, en ninguno de dichos fundamentos el Regulador ha identificado la existencia de una cláusula oscura o ambigua (ya sea de oficio o porque DPWC lo sustentó en ese sentido), que genere la necesidad de interpretar el contrato. En efecto, en ninguno de dichos fundamentos OSITRAN ha señalado, de manera directa o indirecta, que exista una cláusula oscura o ambigua en el Contrato de Concesión que requiera ser aclarada a efectos de poder ser aplicada al caso concreto del cálculo del factor de productividad.
42. Por contrario, lo que el Regulador realizó en dichos fundamentos fue una aplicación estricta y literal de lo acordado por las Partes en la Cláusula 1.20.59, que contiene la definición contractual de Inversión Complementaria, la Cláusula 9.2, referida al destino que se le dará a la ICA, y el Anexo 18 del Contrato de Concesión, que estipula el contenido mínimo que debe tener el Contrato de Fideicomiso a ser constituido con los fondos de la ICA.
43. De la aplicación literal de dichas cláusulas, el Regulador señaló que la ICA constituye una transferencia de recursos en dominio fiduciario en la que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, sin que DPW se encuentre comprometido u obligado a ejecutar obra alguna con cargo a dichos recursos. En tal sentido, el OSITRAN, en línea con lo previsto en las citadas cláusulas, señaló que la ICA constituye un aporte ofertado por el Concesionario a favor del Estado en su propuesta económica, el cual además constituyó un factor de adjudicación de la concesión. Siendo ello así, los recursos provenientes de la ICA y que fueron destinados a la realización de obras en el puerto del Callao, no fueron realizados por el Concesionario, sino por el fideicomiso, en su calidad de patrimonio autónomo distinto a DPW, siendo la APN, vale decir el Estado, es quien determinaría la prioridad en la utilización de dichos recursos.
44. En ese orden de ideas, lo que se señaló en la resolución impugnada es que el Concesionario, en virtud de lo estrictamente acordado por las Partes, no se encontraba obligado a realizar obra alguna en el puerto del Callao con cargo a la ICA, sino solamente a desembolsar los recursos económicos por tal concepto, siendo el Estado el que asumiría la responsabilidad y riesgo de ejecutar dichas obras.
45. Cabe señalar que para llegar a dicha conclusión no sólo se tuvieron en consideración las cláusulas del Contrato de Concesión, sino además los artículos 241 y 252 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que regulan lo que debe entenderse por fideicomiso. La utilización de esta base normativa no constituye una interpretación contractual, sino una aplicación directa de la Ley N° 26702, norma que, al formar parte de las Leyes y Disposiciones Aplicables⁷, resulta ser de aplicación al Contrato de Concesión.

⁷ De acuerdo con la Cláusula 1.20.60 del Contrato de Concesión, las Leyes y Disposiciones Aplicables es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente.



46. En tal sentido, carece de asidero el argumento del Concesionario consistente en que del fundamento 400 a 415 del Informe de Revisión Tarifaria, el Regulador ha llevado a cabo una interpretación contractual, razón por la cual este argumento debe ser desestimado.

b) Evaluación de los argumentos 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria

47. De otro lado, el Concesionario también afirma que en los argumentos 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria, OSITRAN ha realizado una interpretación contractual. Al respecto, dichos considerandos señalan lo siguiente:

"545. En tal sentido, no resulta admisible efectuar una interpretación como la planteada por DPW, más aun si un procedimiento de revisión tarifaria no es la vía adecuada para efectuarla. Por tales razones, debe desestimarse este comentario formulado por el Concesionario."

(...)

548. Sobre el particular, cabe precisar que las razones por las cuales OSITRAN no puede incluir a la ICA en el cálculo del factor de productividad, han sido ampliamente desarrollados en las secciones anteriores, y están relacionadas con el hecho que la ICA no puede ser considerada como inversión adicional en los términos contenidos en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión; ya que ella constituye un aporte recibido por el Estado de parte del Concesionario y no un insumo utilizado por el Concesionario para la producción de servicios portuarios durante la explotación del TMS (tal como se precisó anteriormente, la ICA es una transferencia de recursos en dominio fiduciario en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, sin que DPW se encuentre comprometido a ejecutar obra alguna)".

48. A efectos de un mejor análisis de lo señalado por el Concesionario, consideramos conveniente referirnos en primer lugar al fundamento 548. Al respecto, es necesario expresar que lo señalado en el referido fundamento deriva del análisis contenido en los considerandos 540, 542 y 544 del Informe de Revisión Tarifaria en los que se analizó el octavo párrafo de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. A continuación se citan estos fundamentos:

"Sobre el alcance de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión

(...)

540. Sobre el particular, cabe recordar que el mencionado párrafo octavo de la Cláusula 8.19 establece lo siguiente:

"Durante el horizonte de la concesión se procederá a utilizar, para propósitos del cálculo del X, en el caso específico del stock de activos fijos netos al valor que resulte de sumar los valores resultantes de los siguientes cálculos:

- La anualidad del valor de la inversión referencial establecida en las bases del concurso calculada a la tasa de descuento regulatoria que será fijada por el REGULADOR. Es decir, no se considerara los efectos derivados de la inversión inicial que realice el CONCESIONARIO en la construcción y equipamiento para el cálculo del factor X.*
- Las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero."*



(...)

542. Al respecto, contrariamente a lo planteado por DPW, OSITRAN considera que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión regula explícitamente el procedimiento de revisión de las tarifas que debe llevar a cabo el Regulador bajo el mecanismo regulatorio RPI-X, a partir del quinto año contado desde el inicio de la explotación con dos amarraderos. Dicha cláusula señala expresamente que para propósitos del cálculo del factor de productividad en el caso específico del stock de activos fijos netos, debe considerarse al valor que resulte de sumar los siguientes cálculos: (i) la anualidad del valor de la inversión referencial establecida en las bases del concurso calculada a la tasa de descuento regulatoria que será fijada por OSITRAN y (ii) las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero.

(...)

544. En efecto, en el presente caso, el Contrato de Concesión en su Cláusula 8.19 establece expresamente qué conceptos se considerarán para el cálculo del factor de productividad, siendo que la ICA no calza en ninguno de ellos. El Regulador debe llevar a cabo el procedimiento de revisión tarifaria tomando en consideración las previsiones establecidas en el Contrato de Concesión, así como la metodología económica para su cálculo. En el presente caso se verifica que la ICA no califica como inversión adicional, sino que es un aporte realizado por el Concesionario a su socio de facto, el Estado."

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

49. Como puede observarse, el Regulador, al momento de evaluar el octavo párrafo de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, se remitió al contenido literal de la citada cláusula, la cual establece que:

"Durante el horizonte de la concesión se procederá a utilizar, para propósitos del cálculo del X, en el caso específico del stock de activos fijos netos al valor que resulte de sumar los valores resultantes de los siguientes cálculos:

- La anualidad del valor de la inversión referencial establecida en las bases del concurso calculada a la tasa de descuento regulatoria que será fijada por el REGULADOR. Es decir, no se considerara los efectos derivados de la inversión inicial que realice el CONCESIONARIO en la construcción y equipamiento para el cálculo del factor X.
- Las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero."

50. A fin de aplicar dicha cláusula al caso concreto de la ICA, OSITRAN debía determinar si este concepto se encontraba incluido o no dentro del término "inversiones adicionales", para el cálculo del stock de activos fijos netos, siendo necesario para ello remitirse al alcance que el Contrato de Concesión le otorga a la ICA a través de otras cláusulas del referido Contrato

51. Siendo ello así, a efectos de aplicar la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, se tuvo que tomar en consideración lo señalado en las Cláusulas 1.20.59, que contiene la definición de Inversión Complementaria, la Cláusula 9.2, que regula el destino que debe darse a la ICA, y el Anexo 18 del Contrato de Concesión, luego de lo cual, y en línea con el análisis realizado en los fundamentos 400 a 415 del Informe de Revisión Tarifaria, se concluyó que la ICA no puede ser considerada como inversión adicional en los términos a que se refiere la Cláusula 8.19, debido a que constituye un aporte recibido por el Estado (socio de facto) de parte del Concesionario monto que a su vez integra parte de un



fideicomiso), y no un insumo utilizado por DPW para la producción de servicios portuarios durante la explotación del TMS. Ello en razón de a que las obras realizadas con cargo de la ICA en el puerto del Callao no son ejecutadas por el Concesionario, sino por un patrimonio fideicometido, bajo las prioridades que determine la APN. Esta conclusión – que no es sino una aplicación estricta de lo que el propio Contrato de Concesión señala– se encuentra recogida en el fundamento 548 del Informe de Revisión Tarifaria, al que hace alusión el Concesionario.

52. Como puede advertirse, en ninguno de los fundamentos antes expuestos, el Regulador identificó la existencia de una cláusula oscura o ambigua (ya sea de oficio o porque DPWC lo sustentó en ese sentido), que genere la necesidad de interpretar el contrato. Por el contrario, el Regulador aplicó conjuntamente las cláusulas señaladas en el párrafo anterior, lo cual deviene de la propia naturaleza unitaria del Contrato de Concesión, tal como se encuentra recogido en la Cláusula 2.7 del mismo: *"Sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide su objeto, conforme se describe en la Sección que antecede, el Contrato es de naturaleza unitaria y responde a una causa única."* De acuerdo con esta cláusula, la aplicación del Contrato de Concesión siempre debe efectuarse de manera integral y unitaria, teniendo en cuenta todas las disposiciones del mismo, sin alejarse de lo señalado en las cláusulas que son aplicadas en un caso concreto, regla que fue tenida en cuenta al momento de emitirse la resolución impugnada.
53. Es importante tener en cuenta además que en el Informe de Revisión Tarifaria se señaló que el Regulador ha optado por utilizar el enfoque de productividad del Concesionario en todos sus procesos de revisión tarifaria, lo cual no se contrapone con lo establecido en el Contrato de Concesión del TMS, en particular, considerando que en la Cláusula 8.19 explícitamente se menciona que: *"El factor de productividad (X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el CONCESIONARIO."* Es obvio que la elección de este enfoque, en el que los aportes realizados a los socios de facto del Concesionario no son considerados en el cálculo del factor de productividad, tampoco constituye una interpretación del Contrato de Concesión.
54. De otro lado, es necesario referirse al contenido del fundamento 545 del Informe de Revisión Tarifaria. Cabe señalar que dicho fundamento se basó en los fundamentos 539, 541 y 543 del referido Informe, los cuales se citan a continuación:

"539. El Concesionario argumenta que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no contiene disposición alguna que determine que la ICA no debe ser considerada para efectos del cálculo del factor de productividad. Asimismo, sostiene que si por alguna razón el OSITRAN considera que la ICA no califica como inversión referencial ni como inversión adicional realizada a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero, ello no quiere decir que este concepto debe quedar excluido por completo del cálculo. En su opinión, el encabezado del octavo párrafo de la Cláusula 8.19 no señala expresamente que para efectos de la fijación del factor de productividad solo y exclusivamente se considerará la suma que resulte de los conceptos allí indicados.

(...)

541. Para el Concesionario, nada en dicha cláusula ni en el Contrato de Concesión indica la voluntad de las partes de cerrar o limitar las variables que deben ser tomadas en cuenta para determinar el factor de productividad. En tal sentido, DPW señala que la cláusula citada no agota la posibilidad ni la obligación de OSITRAN de incorporar otras variables relevantes dentro del proceso de fijación del factor, y que negarse a reconocer el ICA alegando que la Cláusula 8.19 solo permite considerar los conceptos listados expresamente en dicha cláusula, implicaría introducir una restricción que el Contrato no contempla y modificar la voluntad de las partes.



(...)

543. Al señalar el Concesionario que "el encabezado del octavo párrafo de la Cláusula 8.19 no señala expresamente que para efectos de la fijación del factor de productividad sólo y exclusivamente se considerará la suma que resulte de los conceptos allí indicados", lo que está efectuando es una interpretación de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, que no sólo no corresponde en un procedimiento tarifario como el presente; sino que contradice el sentido de la regulación establecida en dicha cláusula."

55. Como puede advertirse de los fundamentos transcritos, el Concesionario pretendía que en el supuesto que el Regulador considere que la ICA no calificaba como inversión adicional, se interprete que el octavo párrafo de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, al no contemplar un término como "sólo y exclusivamente", permita que otros conceptos que no se encuentren contenidos en dicha cláusula, como la ICA, puedan ser considerados para efectos del cálculo del factor de productividad.
56. Al respecto, dicho argumento fue evaluado en su oportunidad por el Regulador, señalándose que lo que el Concesionario pretendía era que OSITRAN interprete el Contrato de Concesión, lo cual no es admisible en un procedimiento de revisión tarifaria como el iniciado, más aun si, como se ha señalado anteriormente, de lo señalado expresamente en las cláusulas del Contrato de Concesión vinculadas a la ICA no se evidencia la existencia de cláusulas ambiguas u oscuras que ameriten una interpretación contractual. Por el contrario, de la aplicación estricta de dichas cláusulas se arriba a una conclusión completamente distinta, esto es, que la ICA no forma parte del cálculo del factor de productividad del Concesionario.
57. Por todo lo señalado, puede advertirse que en el análisis desarrollado en los fundamentos 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria, a los que hace alusión el Concesionario, tampoco se ha llevado cabo interpretación alguna del Contrato de Concesión.
58. En conclusión, en línea con el desarrollo contenido en el presente Informe, así como con los argumentos esgrimidos en la resolución impugnada, debe indicarse que para este organismo regulador la viabilidad de considerar la ICA en el referido factor no era un asunto que debía dilucidarse vía interpretación contractual, toda vez que no existe ambigüedad u oscuridad en las cláusulas del Contrato de Concesión vinculadas con dicho asunto.

III.3.2. Respecto del argumento referido a que la ICA no es un mero aporte económico sino una inversión que debe ser reconocida como tal

59. En opinión del Concesionario, la ICA no es un mero aporte económico o pago efectuado; sino que es una inversión porque así lo ha previsto el Contrato de Concesión y, por ello, está destinada a la ejecución de obras (inversiones) que han sido definidas ex ante por el Concesionario y el Concedente.
60. Al respecto, cabe precisar que si bien el término ICA significa, de acuerdo con la Cláusula 1.20.59 del Contrato de Concesión, Inversión Complementaria Adicional, la referida cláusula precisa que se trata de un aporte que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima, fue ofrecido por DPW como componente de su Propuesta Económica, y que deberá ser transferido por el Concesionario, en dominio fiduciario, a un patrimonio fideicometido creado exclusivamente para su administración. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el acápite b de la Cláusula 1.20.59:



"b. Inversión Complementaria Adicional (ICA): Es el monto que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima fue ofrecida por el Adjudicatario como componente de su Propuesta Económica. La ICA será transferida en dominio fiduciario de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Anexo N°18 del presente Contrato".

61. Es importante notar que la ICA fue un componente de la oferta económica hecha por DPW para hacerse con la concesión del TMS. En efecto, el factor de competencia para este terminal portuario fue fijado en dos tramos: el primero fue el menor índice tarifario y el segundo, la mayor ICA. La adjudicación de la buena pro del TMS se decidió entre los postores Consorcio Dragados Ransa, Consorcio Terminal Internacional de Contenedores del Callao (hoy, DPW) e International Container Terminal Services, Inc⁸, cuyas ofertas de ICA se muestran en el Cuadro N° 2.

Cuadro N° 2

Monto de ICA ofertado por los Postores Precalificados en Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TMS

Postor Precalificado	ICA ofertada (USD)
Consorcio Dragados Ransa	40 840 000,00
Consorcio Terminal Internacional de Contenedores del Callao	144 000 000,00
International Container Terminal Services, Inc.	48 500 000,00

Fuente: Libro blanco del TMS.

62. Las ofertas anteriores incluyen las previsiones de éxito del negocio dadas las condiciones jurídicas del momento, así como las apuestas de los postores para el desarrollo del Puerto del Callao, que en ese momento contaba con la participación de ENAPU como operador portuario del Terminal Muelle Norte y carecía del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales.
63. En efecto, el significativo diferencial observado entre los montos de ICA ofertados por DPW y los ofertados por los demás postores precalificados reflejaría las expectativas optimistas del Concesionario de operar la totalidad del Puerto del Callao, expectativas que se evidencian en la iniciativa privada para la modernización del Terminal Muelle Norte presentada por DPW en el año 2009, al cual no se materializó por motivos ajenos al Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TMS y al presente procedimiento de revisión tarifaria.
64. En tal sentido, pretender incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad no solo va en contra de lo explícitamente acordado entre las partes mediante la firma del Contrato de Concesión, sino que implicaría trasladar a los usuarios del TMS (mediante mayores tarifas por la prestación de Servicios Estándar) la carga relacionada a la recuperación de la oferta "extremadamente optimista" que realizó el Concesionario.

⁸ Cabe mencionar que no se evaluó la propuesta de ICA del postor precalificado IHC Limited debido a que este no alcanzó un índice tarifario igual al límite inferior.



65. Si el Concesionario considera que las decisiones tomadas por el Estado Peruano en materia de la participación privada en el Puerto del Callao lo perjudicaron, cuenta con los mecanismos contractuales y legales necesarios para hacer valer sus derechos en los tribunales nacionales e internacionales, los mismos que efectivamente ha utilizado DPW al llevar su caso al CIADI. En dicho procedimiento, la compensación solicitada por el Concesionario asciende a US\$140 millones, monto muy similar a la ICA ofertada por el DPW. En ese sentido, el Concesionario no puede considerar al factor de productividad como un seguro y a los usuarios como su empresa aseguradora, en caso el arbitraje internacional no le sea favorable.
66. Por otro lado, es importante recordar que en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión se señala que el aporte de la ICA, transferido en dominio fiduciario, debe ser utilizado para: (i) para cubrir los costos de administración y mantenimiento del patrimonio fideicometido; y, (ii) para inversiones en el Puerto del Callao. Asimismo, se establece que dichas inversiones deberán estar referidas a los aspectos que se mencionan a continuación, según la prioridad que para dicho efecto establezca la APN y de acuerdo a los mecanismos que deberán establecerse en el respectivo contrato de fideicomiso:
- Ayudas a la navegación de las áreas comunes.
 - Implementación de Sistemas de Protección y Seguridad en lo referente a áreas comunes.
 - Mejoras de accesos terrestres.
 - Implementación en Sistemas de Información Comunitario (SIC).
 - Ampliación de la bocana de acceso al Puerto del Callao.
 - Profundización adicional del canal de acceso y la poza de maniobras.
 - Desarrollo de Zonas de Actividades Logísticas (ZAL).
67. Dadas las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión antes señaladas, se advierte que la obligación del Concesionario es desembolsar el aporte correspondiente a la ICA en los plazos previstos contractualmente y transferirlos en dominio fiduciario al Fideicomiso. Como consecuencia de dicha transferencia, el Concesionario deja de ser titular de los recursos transferidos, siendo el Fideicomiso el que se encargará de administrarlos y destinarlos a la ejecución de las obras antes mencionadas, en la prioridad que establezca la APN.
68. En tal sentido, las inversiones realizadas en el Puerto del Callao con cargo a la ICA, no son inversiones efectuadas por el Concesionario, sino por el Patrimonio Fideicometido creado como consecuencia de la suscripción del Contrato de Fideicomiso, patrimonio que es autónomo y distinto del Fideicomitente (DPW); Fiduciario y del Fideicomisario (APN).
69. Adicionalmente, la ICA, al ser una transferencia de recursos en dominio fiduciario en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, sin que DPW se encuentre comprometido a ejecutar obra alguna, constituye un aporte que fue ofertado por el Concesionario a favor del Estado en su propuesta económica.
70. Considerando lo anterior, lo que correspondía era determinar si se debía incorporar o no dicho aporte en el cálculo del factor de productividad. Tal como se mencionó en el Informe de Revisión Tarifaria, adicionalmente a los argumentos antes expuestos, también se indicó que en todos los procesos de revisión tarifaria realizados por OSITRAN se ha optado por utilizar el enfoque de productividad del concesionario o enfoque



restringido. Bajo dicho enfoque, el factor de productividad se calcula tomando en cuenta únicamente los insumos aportados por la empresa concesionaria para producir.

71. Es así que, en la determinación del factor de productividad, OSITRAN solo utiliza los insumos empleados por el Concesionario y que tienen relación directa con la provisión de los servicios en el TMS. En consecuencia, de manera previa al cálculo, deben descontarse de la serie de ingresos las retribuciones que reciben los socios de facto de DPW por los insumos aportados:
- (i) La retribución pagada al Estado, a través de la APN, como contraprestación por el derecho de explotar exclusivamente el TMS (3% de los ingresos brutos mensuales, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión).
 - (ii) El aporte por regulación pagado a OSITRAN (1% de la facturación anual, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 14.14 del Contrato de Concesión).
 - (iii) Otros aportes/contribuciones pagados al Estado, como la ICA.
72. Considerando lo anterior, resulta claro que la ICA, al ser un aporte que es transferido en dominio fiduciario, en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, sin que DPW se encuentre comprometido a ejecutar obra alguna, no debe incluirse en el cálculo del factor de productividad.

III.3.3. Respecto del argumento referido a que la ICA es una inversión necesaria para la producción

73. DPW señala que el Estado Peruano ha reconocido que tanto la ICM como la ICA inciden en la productividad del TMS, en la medida que, durante el proceso de promoción de la inversión privada, PROINVERSIÓN respondió una consulta de los postores (Consulta N° 29) sobre el tratamiento que debía recibir el Monto de Inversión Complementario (hoy, Inversión Complementaria). En dicha oportunidad, PROINVERSIÓN precisó que la Inversión Complementaria "constituye un costo de la Concesión 'activable' como una inversión necesaria para la producción" (ver Ilustración N°1).

Ilustración N° 1

Absolución de Consulta N° 29 en la Circular N° 10 del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del TMS

Consulta N° 29:

En la Circular 1 se crea la definición de Monto de Inversión Complementario.

- a. (i). Este concepto debe ser definido de manera a que pueda ser amortizado o depreciado tributariamente dependiendo de la naturaleza que se le dé.
- b. (ii). Debe por tanto cumplir con el requisito de causalidad establecido en la Ley de Impuesto a la Renta.
- c. (iii). Debe poder ser recuperado el IGV de ella derivado.
- d. De otra manera su efecto en el modelo económico es sustancial.

Respuesta:

Tal como está definido, el Monto de Inversión Complementario constituye un costo de la Concesión "activable" como una inversión necesaria para la producción pero que no implica un derecho de explotación de un activo fijo de propiedad del Estado de la República del Perú, aplicándose por consiguiente el plazo de amortización de intangibles del Inciso g) del Artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta; vale decir, de 1 a 10 años.

Fuente: Libro Blanco del TMS.



74. Tal como se aprecia en la ilustración anterior, la consulta realizada a PROINVERSION fue efectuada con fines estrictamente tributarios. El alcance de la pregunta fue cómo se debía tratar el Monto de Inversión Complementaria para efectos que pueda deducirse del Impuesto a la Renta.
75. Ante ello, PROINVERSION señaló que, para fines tributarios, el Monto de Inversión Complementario constituye un costo que podía ser "activable" como una inversión necesaria para la producción, aplicándose el plazo de amortización de intangibles. En consecuencia, aun cuando en el ámbito tributario la Inversión Complementaria pueda ser considerada como si fuera un costo de producción y, por ende, es deducible del Impuesto a la Renta; ello no implica que para efectos del cálculo del factor de productividad, esto es, para fines económicos y tarifarios, dicho concepto deba ser tomado en cuenta.
76. Es importante precisar que a lo largo del procedimiento de revisión tarifaria, el Concesionario ha sostenido que el aporte realizado por concepto de ICA es una inversión necesaria para la producción y, por ende, debería incluirse en el cálculo de las series de insumo capital, en particular, en el cálculo del stock de activo fijo, como parte del activo intangible.
77. Sobre el particular, Guajardo y Andrade (2008), definen a los activos intangibles como aquellos que no tienen una naturaleza corpórea y se caracterizan por ser un activo no monetario. De acuerdo a los citados autores, en la Norma Internacional de Contabilidad N° 38 (NIC 38)⁹ se establece que para que un elemento sea considerado activo intangible debe cumplir con tres condiciones:
- (i) Existencia de beneficios económicos futuros, entre los cuales se pueden encontrar los ingresos ordinarios procedentes de la venta de productos o servicios, los ahorros de costo y otros rendimientos diferentes que se deriven del uso del activo por parte de la entidad (NIC 38, párrafo 9).
 - (ii) Identificabilidad, lo cual implica que el activo (a) es separable, esto es, es susceptible de ser separado o escindido de la entidad y vendido, cedido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con el contrato, activo o pasivo con los que guarde relación; o (b) surge de derechos contractuales o de otros derechos legales, con independencia de que esos derechos sean transferibles o separables de la entidad o de otros derechos u obligaciones (NIC 38, párrafo 12).
 - (iii) Control, lo que implica que la empresa debe tener el poder de obtener los beneficios económicos futuros que procedan de dicho activo y además, debe poder restringir, a través de mecanismos legales, el acceso de terceras personas a tales beneficios, normalmente, derechos de tipo legal exigibles ante los tribunales (NIC 38, párrafo 13).¹⁰
78. En el Informe de Revisión Tarifaria se ha demostrado que la ICA claramente no cumple con las condiciones (ii) y (iii) antes descritas. En efecto, la ICA no cumple con la condición de identificabilidad en la medida que no puede ser separada de DPW y vendida, dada en explotación o intercambiada; ni tampoco surge de un derecho contractual o legal. Por el

⁹ Ver:

¹⁰ Guajardo, G. y N. Andrade (2008). *Contabilidad Financiera*. Quinta edición. McGraw-Hill Interamericana.

contrario, la ICA es una obligación contraída por el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión y no constituye un derecho transferible de DPW.

79. Tampoco cumple con la condición de control, puesto que las obras financiadas con el aporte realizado por DPW por concepto de ICA (ampliación de la boca de entrada y canal de acceso al Terminal Portuario del Callao-TPC y mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta) se encuentran fuera del área de la concesión y benefician a todos los usuarios del TPC (como por ejemplo, APM Terminals Callao S.A. y Transportadora Callao S.A.), sin que exista la posibilidad contractual o legal para DPWC de utilizar mecanismos para limitar el acceso de terceros a tales beneficios. Ello ha sido reconocido por el propio el Concesionario en informe oral del 14 de julio de 2015 y en su Carta N° GAC.DPWC.186.2015, en la cual se afirma lo siguiente:

- "7. En efecto, los beneficios resultantes de la implementación de las obras realizadas hasta la fecha por la APN y que han sido financiadas con la ICA, claramente trascienden al TMS. Estas obras en mayor o menor medida también podrían haber impactado positivamente en la productividad de otros concesionarios (APM Terminals Callao S.A. y Transportadora Callao S.A.).
8. Como lo ha reconocido expresamente el MTC, una característica común de las obras que son realizadas con cargo a los fondos del ICA es que benefician a todos los usuarios del puerto del Callao (...)"

[El subrayado es nuestro.]

80. En consecuencia, la ICA no ha sido definida por el Estado Peruano como un activo necesario para la producción, de hecho, la ICA no implica el derecho de explotación de un activo fijo. Además, la ICA no cumple con las condiciones para ser clasificada como un activo intangible del Concesionario. En consecuencia, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario, la ICA no puede ser considerada una inversión necesaria para la producción.

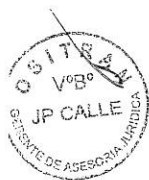


III.3.4. Respecto del argumento referido a que DPW tiene derecho a recuperar la ICA

81. Según lo manifestado por DPW, el Contrato de Concesión establece que en un escenario en el que se produce la caducidad por incumplimiento, el Concesionario tiene derecho a recibir un Presupuesto Máximo Aprobado (PMA) que reconoce a su favor un monto por aquellas inversiones que le falten recuperar mediante la explotación de la Concesión hasta la fecha de la caducidad.
82. Sobre el particular, es preciso reparar, en primer lugar, en lo establecido en el Contrato de Concesión con relación a la recuperación de la ICA en un escenario de caducidad. En segundo lugar, debe analizarse cómo está definida la Explotación de la Concesión.

a) Con relación a la recuperación de la ICA en un escenario de caducidad

83. Respecto a las previsiones establecidas en el Contrato de Concesión en un escenario de caducidad, tal como se señaló en el Informe de Revisión Tarifaria, el Concesionario tiene el derecho a ser compensado por el monto desembolsado de la ICA, estableciéndose parámetros claros para efectivizar tal derecho.



84. En efecto, el Contrato de Concesión le reconoce al Concesionario que, en un escenario de caducidad, el Concedente le devolverá el monto pagado por concepto de ICA, pero limita tal pago a las cuotas fijas mensuales por PMA correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de ocurrencia de la caducidad y la fecha de vencimiento de la Concesión.
85. Considerando que dichas cuotas se pagan por el periodo que va desde la caducidad hasta la fecha de vencimiento del plazo de la Concesión, se verifica que el reconocimiento de la ICA a favor del Concesionario no se encuentra vinculado con la explotación de la Concesión (y por ende tampoco con el cálculo del factor de productividad), toda vez que dicho reconocimiento se efectúa solamente en un escenario en el que el Contrato de Concesión concluye debido a un evento de caducidad.
86. En esa línea, más allá de ser un hito relevante para efectos de la metodología de cálculo del PMA, la Sección XV del Contrato de Concesión (Caducidad de la Concesión) no establece ninguna relación entre dicho PMA y la Explotación de la Concesión. En efecto, el PMA calculado conforme con la Sección XV no tiene como propósito compensar al Concesionario por lo que éste efectivamente deje de percibir entre la fecha de Caducidad y la fecha de vencimiento de la Concesión, por concepto de la Explotación de la Concesión. La metodología de cálculo del PMA tampoco asume ni garantiza que el Concesionario haya recuperado la inversión efectuada antes de que se produzca la Caducidad de la Concesión, tanto en la ICA como en la construcción del TMS, a través de la Explotación de la Concesión.
87. A lo anterior debe añadirse que el propio Contrato de Concesión es claro al distinguir la Inversión en Infraestructura Portuaria y Obras ICM, por un lado, y los aportes de la ICA, por otro, cuando establece el procedimiento a seguir en el caso se produzca la caducidad. En efecto, en el numeral iv de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión se establece que:
- "iv) *Producida la caducidad, se calculará el valor actual de las cuotas que faltaran cubrir por concepto de las inversiones previas al inicio de la Explotación con dos amarraderos (CPMAE), así como los aportes al ICA posteriores al inicio de la Explotación (CICA), desde el momento de la caducidad hasta el final del plazo inicialmente estipulado (...)*"

b) Con relación a la explotación de la Concesión

88. Dado lo anterior, corresponde analizar cómo está definida la Explotación de la Concesión, en la medida que el Concesionario argumenta que tiene derecho a recuperar el compromiso de inversión de la ICA a través de la misma.
89. Sobre el particular, en la Cláusula 1.20.48 se define la Explotación de la manera siguiente:
- "1.20.48 Explotación**
Comprende los siguientes aspectos: la operación necesaria y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur; la Prestación Exclusiva de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur; y el cobro a los Usuarios de las Tarifas correspondientes por la prestación de los Servicios Estándar, así como el cobro a los Usuarios del Precio por la prestación de los Servicios Especiales, en los términos establecidos en el Contrato."

90. En ese sentido, el Contrato de Concesión brinda al Concesionario la exclusividad dentro del TMS para la operación, administración, prestación de Servicios Estándar y Especiales



y cobro de tarifas y/o precios por los citados servicios¹¹. Asimismo, según lo establecido en la Cláusula 8.1, Derechos y Deberes del Concesionario, la Explotación del TMS es un derecho del Concesionario, pues es a través de ella que recuperará su inversión en las Obras:

"8.1. 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 Contrato. (...)"

[El subrayado es nuestro.]

91. Finalmente, es de suma importancia indicar la definición de Obras, contenida en la Cláusula 1.20.67:

"1.20.67 Obras

Es el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que serán ejecutados o instalados durante la vigencia de la Concesión. Asimismo involucra a los bienes a ser utilizados, contruidos, explotados y/o mantenidos por el CONCESIONARIO para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, bajo los términos del presente Contrato."

[El subrayado es nuestro.]

92. De una lectura integral de las cláusulas anteriores del Contrato de Concesión, se deriva que es a través de la explotación exclusiva del TMS que el Concesionario recupera su inversión en Obras, las cuales involucran la construcción y equipamiento del TMS, así como los bienes utilizados, contruidos, explotados y/o mantenidos por DPW.

93. La ICA no puede constituir una inversión en Obras efectuada por el Concesionario en los términos a que se refiere el Contrato de Concesión, dado que no es resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario del TMS, ni tampoco califica como bienes utilizados, contruidos, explotados ni mantenidos por DPW. Tal como se ha venido argumentando, la ICA es un aporte realizado por el Concesionario al Concedente como parte de su Propuesta Económica y el Contrato de Concesión no prevé que dicho aporte sea recuperado por el Concesionario a través del cobro de tarifas por la prestación de servicios bajo régimen de regulación.

94. Queda claro pues que la definición de Obras contemplada en el Contrato de Concesión no incluye las obras que se realicen con los fondos aportados por el Concesionario por concepto de la ICA (las mismas que se encuentran reguladas de manera diferenciada en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión). En ese sentido, el Contrato de Concesión evita establecer cualquier tipo de vínculo entre el concepto de Explotación y la recuperación de los importes que por concepto de la ICA haya efectuado el Concesionario.

95. En tal sentido, queda demostrado que la cláusula de caducidad no vincula la ICA con el proceso de explotación de la concesión, y que el Contrato de Concesión no prevé que el aporte de la ICA sea recuperado mediante el cobro de tarifas por la prestación de servicios

¹¹ Los alcances de la exclusividad del Concesionario son desarrollados en la Cláusula 2.5 del Contrato de Concesión.



regulados. Por tanto, no corresponde admitir el argumento planteado por el Concesionario.

96. Por todas las razones anteriormente expuestas corresponde declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por DPW.

IV. CONCLUSIONES

97. De lo anteriormente expuesto se desprende lo siguiente:

- (i) El argumento de que en los fundamentos 400 a 415, y 545 y 548 del Informe de Revisión Tarifaria, el Regulador habría realizado indebidamente una interpretación contractual del Contrato de Concesión, carece de sustento. Conforme ha quedado acreditado, lo realizado por OSITRAN en dicho Informe fue una aplicación estricta de las Cláusulas 8.19, 1.20.59, 9.2 y el Anexo 18 del Contrato de Concesión, luego de lo cual se concluyó que la ICA no puede ser considerada como inversión adicional debido a que constituye un aporte recibido por el Estado de parte del Concesionario (que a su vez integra parte de un fideicomiso) y no un insumo utilizado para la producción de servicios portuarios durante la explotación del TMS, debido a que las obras ejecutadas con cargo a ella no son realizadas por el Concesionario, sino por un patrimonio autónomo distinto a DPW, según la prioridad determinada por la APN.
- (ii) En el Informe de Revisión Tarifaria se señaló que el Regulador ha optado por utilizar el enfoque de productividad del Concesionario en todos sus procesos de revisión tarifaria, lo cual no se contrapone con lo establecido en la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del TMS. La elección de este enfoque, en el que los aportes realizados a los socios de facto del Concesionario no son considerados en el cálculo del factor de productividad, tampoco constituye una interpretación del Contrato de Concesión.
- (iii) Considerando la decisión del Regulador por utilizar el enfoque de productividad del concesionario o enfoque restringido en todos los procedimientos de revisión tarifaria llevados a cabo hasta la fecha, así como el hecho que la ICA es un aporte del Concesionario transferido en dominio fiduciario, en el que el fideicomisario es el Estado representado por la APN, no corresponde incluir el aporte de la ICA en el cálculo del factor de productividad del TMS.
- (iv) La ICA no ha sido definida por el Estado Peruano como un activo necesario para la producción, dado que se ha determinado que la ICA no implica el derecho de explotación de un activo fijo. Asimismo, la ICA no cumple con las condiciones para ser clasificada como un activo intangible, tal como pretende el Concesionario.
- (v) Las cláusulas de caducidad del Contrato de Concesión no vinculan a la ICA con la Explotación de la Concesión, sino que, por el contrario, esta última está destinada a la recuperación de la inversión en Obras, las cuales incluyen la construcción y equipamiento del TMS, así como los bienes utilizados, construidos, explotados y mantenidos por DPW.



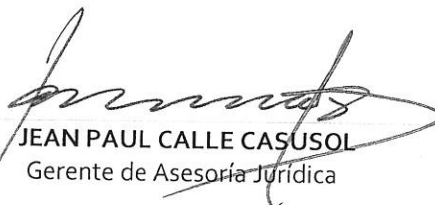
V. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones antes señaladas, se recomienda al Consejo Directivo declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por DPW contra la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN.

Atentamente,



MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos



JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 44427-15

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 3252-2015-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 25/11/2015

