

Callao, 6 de noviembre del 2020

Señor

RICARDO QUESADA ORE

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

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

Presente.-

Asunto: Remite comentarios a "Propuesta de Revisión Tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao"

De nuestra consideración:

Es grato dirigirme a usted con referencia a la Resolución No. 053-2020-CD-OSITRAN, mediante la cual se difundió la "Propuesta de Revisión Tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao" (la "Propuesta de OSITRAN") y que conforme al artículo 4º de dicha resolución, otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que los interesados remitan por escrito sus comentarios o sugerencias a dicha propuesta.

Dentro del plazo otorgado y luego de la revisión de la Propuesta de OSITRAN, manifestamos nuestra preocupación por el desconocimiento de las inversiones efectuadas por el Concesionario como parte de sus compromisos contractuales. Al igual que lo sucedido en el primer proceso de revisión tarifaria, el OSITRAN en su propuesta no ha considerado en el cálculo propuesto del Factor de Productividad aplicable al período 2020-2025 a la Inversión Complementaria Adicional ("ICA"). A pesar de tratarse de una inversión financiada por el Concesionario y que se ha reflejado en obras que constituyen un factor productivo para la concesión, OSITRAN ha propuesto rechazar su reconocimiento.

Por ello, una vez más y en aras de dar cumplimiento al Contrato de Concesión, invocamos al OSITRAN a reconocer la ICA y, de esa manera, respetar el derecho contractual que le asiste al Concesionario a recuperar dicha inversión a través de la explotación de la concesión.

Los fundamentos que sustentan lo anterior se encuentran desarrollados en el acápite I del presente documento, así como en lo manifestado durante todo el procedimiento de revisión tarifaria llevado a cabo para el período 2015-2020. Con base en ello, en el acápite II respondemos los argumentos desarrollados por OSITRAN para desconocer la ICA. Adicionalmente, en el acápite III presentamos las observaciones que, conforme al marco legal aplicable, corresponde realizar en relación con lo señalado en la Propuesta Tarifaria sobre el análisis de las condiciones de competencia.

Finalmente, adjuntamos como **Anexo G** el Informe "Comentarios a la Propuesta de Revisión de Oficio del Factor de Productividad del Terminal de Contenedores Muelle Sur" elaborado por Macroconsult ("Informe de Macroconsult"), el cual contiene nuestros comentarios y observaciones adicionales a los aspectos vinculados a la evaluación de condiciones de competencia, así como a los demás aspectos metodológicos del cálculo del Factor de Productividad efectuado en la Propuesta de OSITRAN.

I. SOBRE LA INVERSION COMPLEMENTARIA ADICIONAL

I.1 ¿Por qué una discusión sobre la ICA?

1. Imagine la situación. Usted es un empresario que para el desarrollo de su negocio requiere de un inmueble ubicado en un edificio o en un gran centro comercial de propiedad de un tercero. Para acceder al inmueble ha tenido que pasar por un concurso.
2. Como todos ofrecían pagar la misma renta, al dueño del edificio o del centro comercial se le ocurrió establecer como factor de desempate el monto ofrecido por los postores para la realización de obras en beneficio de todos los arrendatarios. La lista de obras era amplia, pero todas tenían en común la mejora de los servicios ofrecidos por el centro comercial para atraer un mayor número de consumidores (mejorar las vías de acceso exterior de vehículos y peatones, ampliar el número de ascensores y escaleras eléctricas, mejorar la señalización de áreas comunes para seguridad y comodidad de todos los visitantes, etc.). Esto sucede en más de un centro comercial.
3. Para generar confianza en los postores de que el dinero sería invertido en dichas obras y no en otras cosas, el propietario de la edificación les anuncia que el dinero será depositado en una cuenta especial dedicada sólo para dichos fines ("el fondo"). De esa manera será más fácil verificar el uso que se dé a dichos recursos ya que no serán de libre disponibilidad del propietario. Las obras y su mantenimiento quedarán a su cargo. Es natural. Como titular de la infraestructura, está en mejor condición para cuidar que el diseño y su ejecución respondan al interés de todos los arrendatarios, los que están hoy y los que vendrán mañana.
4. El problema empieza cuando usted quiere recuperar sus inversiones, tanto lo que ha invertido en el inmueble como en las obras o servicios comunes. Nada en su contrato dice que no podrá recuperar las inversiones realizadas a través del "fondo". Por el contrario, establece que, si por alguna razón el contrato se resuelve por responsabilidad del dueño antes de su vencimiento, dichos aportes serán devueltos proporcionalmente. Es lo lógico. El dinero aportado al "fondo" ha salido de su bolsillo y buscaba ser recuperado a lo largo de la ejecución del contrato a través del precio por los servicios que brinda en el inmueble arrendado. Si el contrato se frustra por una causa no imputable a usted, debe recuperar lo invertido incluyendo los aportes hechos a través del fondo.
5. El dueño del edificio o el centro comercial –preocupado probablemente porque los clientes se puedan espantar de su centro comercial por los precios que cobra - no está de acuerdo con que usted busque recuperar los aportes al "fondo" a través del precio que cobra a sus usuarios. No le pone peros a su deseo de recuperar las inversiones hechas en su local, pero sí a los montos aportados al "fondo". Alega que su pretensión no tiene una justificación ni respaldo en el Contrato. Le dice que su aporte fue un "regalo", que la obras en las zonas comunes no fueron hechas por usted ni su mantenimiento está a su cargo. Le dice también que parte del dinero aportado fue invertido en obras que han sido hechas fuera del Centro Comercial por lo que no tiene relación con lo que suceda dentro del mismo.
6. Finalmente alega que los aportes se invirtieron en obras que benefician a todos y no sólo a usted. Son obras que han beneficiado a todos, por lo que no se deben reconocer esas inversiones al momento de determinar sus tarifas.

7. Algo similar es lo que se pretende hacer en este procedimiento. Se está negando a DPW el derecho a recuperar sus inversiones a través de la explotación de la concesión al excluir del factor de productividad los aportes hechos bajo el concepto de ICA.
8. A continuación, se desarrollan los argumentos por los cuales se debe reconocer a DPW su derecho a recuperar la ICA.

I.2 La ICA forma parte del compromiso de inversión del Concesionario y debe ser recuperada durante toda la concesión

- **La ICA se recupera durante la explotación**

9. Conforme a la cláusula 16.3 del Contrato de Concesión, en caso de divergencia en la interpretación del Contrato, se debe seguir el siguiente orden de prelación para resolverla: a) el Contrato; b) Circulares a que se hace referencia en las Bases; y finalmente c) las Bases. Por ello, y aun cuando el texto contractual es claro, es importante remitirse a los antecedentes de la licitación de la Concesión para confirmar que la ICA nació como parte del **compromiso de inversión** del Concesionario.
10. En efecto, en el numeral 1.2.17 de la primera versión de las Bases del concurso, cuando aún no existía la ICA, la única definición que se tenía era la de "Compromiso de Inversión"¹. Según dicha definición, tal compromiso constituía la obligación del Concesionario respecto *"de la ejecución de obras de Infraestructura Portuaria, cuyo detalle, importe, condiciones y modalidad de ejecución serán comunicadas mediante Circular"*, siendo que ello *"no comprend[í]a el costo del diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur"*.
11. Luego, en la Circular No. 1 se reemplazó la definición de "Compromiso de Inversión" para precisar que dicho compromiso tendría la forma de un "Monto de Inversión Complementario", el cual se dividiría en Inversión Complementaria Mínima ("ICM") e Inversión Complementaria Adicional ("ICA"). Específicamente, sobre el concepto general de "Monto de Inversión Complementario" se estableció lo siguiente:

*"Monto de Inversión Complementario: Es la obligación que tiene el concesionario de **aportar un monto para la ejecución y mantenimiento de obras o servicios que coadyuven a mejorar el sistema portuario** tales como: dragado, rompeolas, sistemas y otros a establecer por la APN. Su prioridad son aquellas **obras comunes necesarias derivadas de las nuevas exigencias requeridas para la implementación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur**. Este monto no comprende el costo del diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur".*

[Énfasis agregado]

12. Como se puede observar, el concepto de "Monto de Inversión Complementaria" refiere que lo que se financia con "montos" del Concesionario deberá ser destinado a *"obras comunes necesarias derivadas de las nuevas exigencias requeridas para la implementación del TMS"*. Lo relevante era el origen de

¹ Bases de octubre de 2005:

"1.2.17 Compromiso de Inversión: es la obligación que tiene el Concesionario respecto de la ejecución de obras de Infraestructura Portuaria, cuyo detalle, importe, condiciones y modalidad de ejecución serán comunicadas mediante Circular. Este compromiso no comprende el costo del diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur. El Compromiso de Inversión es independiente del porcentaje fijado en la Décimo Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley del Sistema Portuario Nacional y no eximirá al Concesionario del cumplimiento otros precios, retribuciones o tributos a su cargo que establezcan las Leyes Aplicables, las presentes Bases, el Contrato de Concesión y en general la legislación peruana".

los montos o inversiones. Así, se planteó un esquema flexible que permitiera determinar las inversiones que se requerirían en el futuro TMS, las cuales serían financiadas por el concesionario. Dichas inversiones serían posteriormente definidas en el listado de ítems de la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión.

13. De esta manera, la inversión complementaria, formada tanto por la ICM como por la ICA, fue considerada desde el inicio como el compromiso de inversión al que se obligaría el Concesionario, además de lo que correspondiera a la construcción del nuevo muelle sur del TPC. El "Monto de Inversión Complementario" estaría destinado a cubrir el costo de **"obras comunes necesarias derivadas de las nuevas exigencias requeridas para la implementación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur"**.
14. Como consecuencia de estos antecedentes, en la versión final del Contrato de Concesión, la ICM y la ICA pasaron a formar parte de lo que finalmente se denominó como "Inversión Complementaria". Así, si bien en las versiones previas del contrato se ajustaron algunos términos y se eliminó del concepto general la palabra "monto" o "compromiso", el elemento común que siempre se mantuvo fue el de "inversión". Ello pues la ICM y la ICA, como sus nombres lo indican, constituyen inversiones del Concesionario.
15. En línea con lo anterior, a partir de una lectura conjunta de las cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 de la versión final suscrita del Contrato de Concesión, la ICA es una inversión destinada a la ejecución de obras que impactan en la prestación de los servicios que presta DPW y que, junto a la ICM, forma parte de la Inversión Complementaria.
16. La ICM y la ICA no sólo forman parte del mismo concepto de Inversión Complementaria, sino que, además, en términos técnicos y operativos, las principales obras de la ICA son la continuación de las obras ICM. Así, por ejemplo, mientras que como ICM se ejecutó el dragado del canal de acceso y de la poza de maniobras del TPC a -14m; con la ICA se ha realizado la profundización *adicional* de ambas instalaciones a -16m.
17. Ello, como veremos más adelante, ha permitido el ingreso de naves de mayor arqueado bruto, de tipo Super Post Panamax o también llamadas Post Panamax Plus, generando un importante incremento en la capacidad productiva del TMS.
18. La única diferencia entre la ICM y la ICA es que mientras que la ICM ha sido destinada a la ejecución de obras directamente realizadas por DPW, por disposición expresa del Contrato, la ICA es transferida a un fideicomiso. Sin embargo, en sus orígenes y en sus fines ambos conceptos constituyen "inversiones" requeridas para la operación del nuevo TMS.
19. Que el destino de la ICM y de la ICA sea el financiamiento de obras comunes para el TPC o que en el caso de la ICA ésta sea ejecutada, por disposición contractual, por la Autoridad Portuaria Adicional ("APN") no elimina ni desnaturaliza su condición de *inversiones*. Ello ha quedado demostrado de los antecedentes del Contrato, los cuales como ya vimos, forman parte de la secuencia de interpretación contractual.
20. Por ello, por ejemplo, en la adenda al contrato de fideicomiso de la ICA celebrada en mayo de 2010, se establece que las **"Inversiones del Fideicomiso serán adicionales a las inversiones que se realicen en el Puerto del Callao con cargo a los fondos provenientes de la Inversión Complementaria Mínima"** y a la propia inversión realizada por la construcción del TMS.
21. El reconocimiento más claro de que estas inversiones adicionales (ICM e ICA) deben ser recuperadas a través de las tarifas por los servicios prestados en el TPC se encuentra en la Cláusula 8.19 del

Contrato de Concesión. Dicha cláusula establece que, para efectos del stock de activos fijos netos se considerará tanto a la anualidad de la inversión referencial como a "las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero" ². Tanto la ICM como la ICA se encuentran comprendidas en la Cláusula 8.19 del Contrato. Por tanto, el Contrato de Concesión ha reconocido expresamente que en el cálculo del X se toman en cuenta **"las inversiones adicionales netas de su depreciación"**.

22. Así, en la medida en que el Concesionario tiene el derecho a recuperar todas sus inversiones durante la ejecución del Contrato, las inversiones que realice -como la ICA- deben ser reconocidas en las tarifas cobradas por los servicios prestados en el TMS. Por tanto, es claro que, en línea con los antecedentes del Contrato y la Cláusula 8.19, no existe sustento alguno para excluir a la ICA del concepto de "inversiones adicionales" y no considerarla como parte del cálculo del Factor de Productividad.
- **El derecho al recupero de la ICA también se evidencia en el supuesto de caducidad del contrato de concesión**
23. Dado que el Concesionario tiene el derecho de recuperar la ICA a través de las tarifas que cobre por los servicios prestados en el TMS durante el horizonte de la concesión, la finalización anticipada del contrato podría perjudicar dicha recuperación. Por ello, la ICA también ha sido reconocida como una inversión recuperable frente a cualquier supuesto de caducidad de la concesión.
24. En efecto, el Estado ha reconocido que, producida la caducidad por incumplimiento, el Concesionario tiene derecho a recibir una indemnización que reconoce a su favor un monto por aquellas inversiones (dentro de las que se encuentra la ICA) que le falten recuperar hasta la fecha de caducidad. Es decir, se busca que vía indemnización el Concesionario recupere aquello que hubiera recibido mediante la explotación de la concesión y que, por haberse producido la caducidad, ya no podrá recibir.
25. Lo anterior es consistente con lo señalado en la Cláusula 3.2.d) del Contrato de Concesión, en la cual el Estado Peruano expresamente le ha garantizado al Concesionario su derecho a explotar la concesión hasta el final del plazo contractual, salvo en los supuestos de caducidad. Específicamente, en dicha cláusula se establece que *"el CONCESIONARIO tendrá el derecho Explotación, conforme se indica en la Cláusula 8.12 y hasta el vencimiento del Contrato"*, siendo que tal derecho *"sólo concluirá en los supuestos de caducidad previstos en la Sección XV"* del Contrato.
26. En ese sentido, en la cláusula 15.3 y siguientes del Contrato de Concesión se describe el procedimiento para definir la indemnización que correspondería frente a un supuesto de caducidad. En ella se indican tres escenarios de liquidación, de acuerdo con la fecha de caducidad o término de la concesión (antes del inicio de la construcción del nuevo TMS, durante la construcción o luego de iniciada la explotación de la concesión con dos amarraderos).
27. En la Cláusula 15.3 se establece que, si la caducidad se produce antes del inicio de la Construcción, el Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de la caducidad de la concesión ("PMA") solo considerará los aportes efectuados por concepto de la ICA hasta el momento de terminación del contrato. Específicamente, dicha cláusula establece lo siguiente:

² Además, es claro que la ICA se encuentra comprendida en la Cláusula 8.19 cuando se refiere a "inversiones adicionales" y no cuando se refiere a la "inversión referencial establecida en las bases". Conforme a lo establecido en la Cláusula 1.20.78 del Contrato, la inversión referencial equivale al "Presupuesto Estimado Oficial de Obra", concepto que *"solo es aplicable a lo expresamente previsto en el presente Contrato"* y que no se vincula a las inversiones adicionales (ICA) reguladas en la Cláusula 9.2.

PROCEDIMIENTO PARA DEFINIR EL PRESUPUESTO MÁXIMO APROBADO PARA EFECTOS DE CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN (PMA)

- 15.3 Si la Caducidad de la Concesión se produce **antes del inicio de la Construcción**, se considerará como PMA al **Presupuesto Máximo Aprobado por concepto del ICA** (PMA_{ICA}).

Se considerará como PMA_{ICA} a la suma **del Valor actualizado al momento de caducidad de cada depósito efectivamente abonado por el CONCESIONARIO por concepto del ICA, desde la fecha en que se haya efectuado el depósito hasta el momento de la caducidad**, según la siguiente fórmula (o su equivalente la función VF de Excel):

$$PMA_{ICA} = \sum_{i=1}^k ICA_i * (1 + r)^n$$

Donde:

- PMA_{ICA} = Presupuesto Máximo Aprobado por concepto del ICA.
 ICA_i = Valor de cada depósito efectivamente abonado al ICA, a la fecha de su depósito efectivo, desde el primer depósito ($i=1$), hasta el último ($i=k$).
 r = Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad.
 n = Número de meses entre la fecha de cada depósito efectivo y la fecha de caducidad.

28. Luego, en la Cláusula 15.5 del Contrato se regula el procedimiento para definir el PMA en caso ésta se produzca luego de iniciada la explotación con dos amarraderos. En dicho escenario, se establece que para la determinación del PMA se calculará, entre otros, **"el valor actual de las cuotas que faltaran por cubrir por concepto de las inversiones previas al inicio de la Explotación con dos amarraderos ($CPAM_E$) [dentro de las que se incluyen los aportes al ICA previos al inicio de dicha explotación], así como por los aportes al ICA posteriores al inicio de la Explotación ($CICA_i$), desde el momento de la caducidad hasta el final del plazo inicialmente estipulado"**. Dicha Cláusula 15.5 establece lo siguiente:

- 15.5 Si la caducidad se produce **iniciada la Explotación con dos amarraderos**, para el cálculo del PMA se procederá de la siguiente manera:
- Por concepto de las inversiones realizadas **previamente al inicio de la Explotación con dos amarraderos**, se repetirá el procedimiento establecido en las Cláusulas 15.3 y 15.4 precedentes, con la diferencia que las actualizaciones en lugar de realizarlas a la fecha de caducidad, se actualizan a la fecha del inicio de Explotación con los dos amarraderos. Para estos efectos el número de meses a considerar (n) en las fórmulas respectivas, será el número de meses entre cada valorización trimestral (o cada depósito en el caso del ICA) y la fecha de inicio de Explotación con los dos amarraderos. El PMA obtenido con este procedimiento, se considerará como el PMA al inicio de la Explotación (PMA_E)

- ii) Se convertirá el PMA en la fecha de inicio de Explotación (PMA_E) en cuotas mensuales equivalentes, de acuerdo a la siguiente fórmula (o su equivalente, la función PAGO de Excel):

$$CPMA_E = PMA_E * \left[\frac{r * (1 + r)^n}{(1 + r)^n - 1} \right]$$

Donde:

- $CPMA_E$ = Cuota mensual equivalente del PMA_E .
 PMA_E = PMA en la fecha de inicio de Explotación
 r = Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad.
 n = Número de meses entre el inicio de Explotación con dos amarraderos y el plazo total de la Concesión.

- iii) Del mismo modo, se calcula la cuota equivalente de cada uno de los aportes al ICA que se realicen posteriormente al inicio de la Explotación con dos amarraderos ($CICA_t$). Para el cálculo del $CICA_t$ se aplica la misma fórmula del literal ii) precedente, solo que se considerará como "n" al número de meses entre el aporte realizado y el plazo total de la Concesión.
- 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 ($CPMA_E$), así como por los aportes al ICA posteriores al inicio de la Explotación ($CICA_t$), desde el momento de la caducidad hasta el final del plazo inicialmente estipulado, según la siguiente fórmula (o su equivalente, la función VA de Excel):

$$PMA = CPMA_E * \left[\frac{(1 + r)^n - 1}{r * (1 + r)^n} \right] + \sum_{t=1}^k CICA_t * \left[\frac{(1 + r)^n - 1}{r * (1 + r)^n} \right]$$

Donde:

- PMA = Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de Caducidad
 $CPMA_E$ = Cuota mensual equivalente del PMA_E .
 $CICA_t$ = Cuota mensual equivalente de cada aporte realizado al ICA después del inicio de la Explotación, desde el primer aporte ($i=1$), hasta el último ($i=k$)
 r = Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad.
 n = Número de meses entre la caducidad y el plazo total de la Concesión.

29. De esta manera, el esquema contractual reconoce que el Concesionario tiene derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas cobradas en el TMS durante la explotación de la concesión. Y que, si por alguna causal de caducidad el Concesionario no pudiera ejercer dicho derecho hasta el fin del plazo de la concesión, el Estado Peruano lo debe indemnizar. El principio que subyace a este esquema es el de recupero de la inversión. Debe destacarse que este régimen sólo cubre a las inversiones realizadas por el Concesionario y no alcanza a otros tipos de aportes al Estado (como los arbitrios o el aporte por regulación, por ejemplo), cuya naturaleza es distinta a la de la ICA
30. Ello fue reconocido durante el proceso de promoción de la inversión privada a través del Informe No. 017-2006/JS-CI ("Informe Proinversión") (**Anexo A**), emitido en relación con el proyecto de contrato final del TMS.
31. En dicho informe se evaluó el esquema de compensación que correspondería al concesionario en caso de caducidad. En relación con la ICA se señaló lo siguiente:

En cuanto a la ICA que sea aportada, al ser factor de concurso (y solo de darse el caso), y considerando que son aportes en efectivo, solo se puede referenciar a los aportes efectivamente realizados por el Concesionario.

El principio a utilizar es el del recuperó económico de la inversión, el mismo que se explicó en el Informe Técnico N° 013-2006/JS-CI, para tal efecto, se determina el siguiente procedimiento:

a) Si la caducidad se produce antes del inicio de la Construcción: En este caso, lo que debería reconocérsele al Concesionario es el (los) aportes que haya realizado al ICA.

b) Si la caducidad se produce durante la Construcción: En este caso adicionalmente al PMA_{ICA} calculado según el procedimiento anterior, habría que adicionar lo efectivamente gastado en la inversión en infraestructura. Para esto hay que considerar las inversiones desde el momento en que se hallan ejecutado hasta el momento en que se produzca la caducidad. Toda vez que el avance de obra se calcula basándose en el presupuesto presentado por el Concesionario en su Expediente Técnico, y la caducidad no conviene referirla al Expediente Técnico, pues aumenta la exposición del Estado, es que se aplica el % de avance de obra trimestral (%AO) al presupuesto referencial para la inversión en Infraestructura Portuaria y Obras ICM para disgregar nuestro presupuesto según lo realmente invertido. Finalmente, cada Avance de obra es actualizado al momento de la caducidad.

c) Si la caducidad se produce después de la Construcción: Se procede de manera similar al caso anterior, solo que las actualizaciones se realizan al inicio de la Explotación. Una vez que se inicie la Explotación, el Concesionario inicia su proceso de recuperó económico de estos activos. En promedio esperará recibir por periodo una cuota equivalente calculada según la Tasa de descuento para efectos de Caducidad durante todos los periodos hasta el final del plazo de Concesión. Si se produce la caducidad, entonces le faltaría recibir las cuotas pendientes desde el momento de la caducidad, hasta el fin del plazo de Concesión. El procedimiento es el mismo que se explicó en el Informe Técnico N° 013-2006/JS-CI

32. Como se puede observar, en cualquier escenario de caducidad (antes del inicio de la explotación, durante la construcción o luego de iniciada la explotación) el Concesionario tendría derecho a recuperar la ICA bajo "el principio del recuperó económico de la inversión" que el propio Estado consideró durante la evaluación del concurso.
33. Nótese además que no resultaría admisible ni lógico señalar que la ICA sólo se recupera en supuestos de caducidad, pero no a través de la explotación. El presupuesto del recuperó de esta inversión en casos de caducidad es que, de producirse la terminación del contrato, "le faltaría [al concesionario] recibir las cuotas pendientes desde el momento de la caducidad, hasta el fin del plazo de la concesión".
34. En otras palabras, reconocer que la ICA se debe recuperar en casos de caducidad necesariamente implica reconocer que la ICA se recupera a través de la explotación de la concesión en el plazo establecido. De otra forma ¿cómo el OSITRAN podría explicar que el Estado Peruano se encuentra obligado a reconocer la ICA en un caso y no en otro?, ¿cómo podría explicar que la ICA es una inversión adicional sólo para efectos de la caducidad, pero no para la explotación? Dicha explicación no es posible sobre la base de lo establecido en el Contrato de Concesión. La ICA se debe recuperar tanto durante la explotación como en casos de caducidad.
35. Siendo ello así, sea a través de la explotación de la concesión o de la fórmula de liquidación ante una causal de caducidad, el Contrato de Concesión prevé que el Concesionario pueda recuperar la inversión del ICA. Ello en la medida en que con los aportes por ICA se financian obras que impactan directamente sobre la prestación de los servicios prestados en el TMS.

- **Sobre la Propuesta de OSITRAN, la ICA y la explotación de la concesión**

36. A pesar del marco contractual descrito, en su propuesta OSITRAN ha señalado que la ICA no es una inversión que debe ser recuperada, entre otros, porque las obras financiadas con dicha inversión (i) no califican como bienes "*utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por DPWC*"³; y, (ii) "*no son obras necesarias para la implementación o Explotación del TMS*"⁴.
37. Las obras ejecutadas con la ICA son obras o instalaciones utilizadas por DPW para la operación del TMS. El hecho de que, por ejemplo, la bocana de acceso al terminal o la Avenida Gambetta no sean, además, también mantenidas por el Concesionario no es razón suficiente para negar su recuperación. Nada en el contrato indica que las inversiones que no son construidas, explotadas y mantenidas por el Concesionario no se deben tratar como tal.
38. Al contrario, la Cláusula 1.20.70 del Contrato de Concesión expresamente establece que el mantenimiento o conservación de las obras de ICM "*no será de cargo del Concesionario*". Y ello no ha sido obstáculo para que el OSITRAN reconozca dichas inversiones en el cálculo del Factor de Productividad propuesto.
39. En ese sentido, las inversiones de la ICA constituyen obras financiadas por DPW y ejecutadas por la APN que son utilizadas para la explotación de los servicios prestados en el TMS. El hecho de que no sean directamente ejecutadas por el Concesionario no elimina su derecho a recuperarlas.
40. De esta manera, los montos aportados por DPW por concepto de ICA no corresponden a un simple aporte de dinero o retribución a favor del Estado del cual puede disponer discrecionalmente. La ejecución de dicha inversión se encuentra sujeta a las reglas establecidas en el Contrato de Concesión, el cual ha establecido ex ante cuáles son las obras comunes que deberán ser financiadas por la ICA y que mejorarán la productividad del TPC, impactando en la operación del TMS.
41. Siendo ello así, con base en lo dispuesto en el Contrato, en el pasado, DPW ha rechazado posibles usos de la ICA para la ejecución de obras no previstas en el listado contenido en la Cláusula 9.2 del texto contractual.
42. Así, por ejemplo, en agosto de 2010, DPW recibió la Carta No. 437-2010-APN/GG mediante la cual la APN le informó su intención de financiar con los fondos de la ICA una consultoría para la evaluación y diagnóstico de la modalidad de intercambio de contenedores intra terminal. DPW rechazó la posibilidad de que dicha consultoría fuera financiada con la ICA en la medida que el Contrato no lo preveía.
43. En dicha medida, en la carta GG.DPWC.126.10 del 15 de junio de 2010 (**Anexo B**), DPW señaló que las únicas obras que podrían ser financiadas con ICA vinculadas a accesos terrestre podrían ser aquellas "*infraestructuras viales terrestres que tiene relación con el tráfico de carga pesada cuyo tráfico va con destino hacia y desde el Puerto de Callao*"⁵:

Entonces, conforme puede apreciarse, no existe rubro alguno que guarde relación directa con la propuesta de contratación referida por su despacho. No obstante ello, y si en caso se considerara que la referida propuesta de contratación corresponde al rubro de mejoras de accesos terrestres, es importante señalar que, de acuerdo a la cláusula 1.1 del Contrato de Fideicomiso, ésta se refiere única y exclusivamente a las infraestructuras viales terrestres que tiene relación con el tráfico de carga pesada, cuyo tráfico va con destino hacia o desde el Puerto del Callao, en una distancia no mayor de 50 km, y no se refiere de ninguna manera a los accesos terrestres para intercambio de contenedores con otros puertos que no son materia del Contrato de Concesión ni se encuentran en la zona de influencia del mismo.

³ Párrafo 298 de la Propuesta de OSITRAN.

⁴ Página 89 de la Propuesta de OSITRAN.

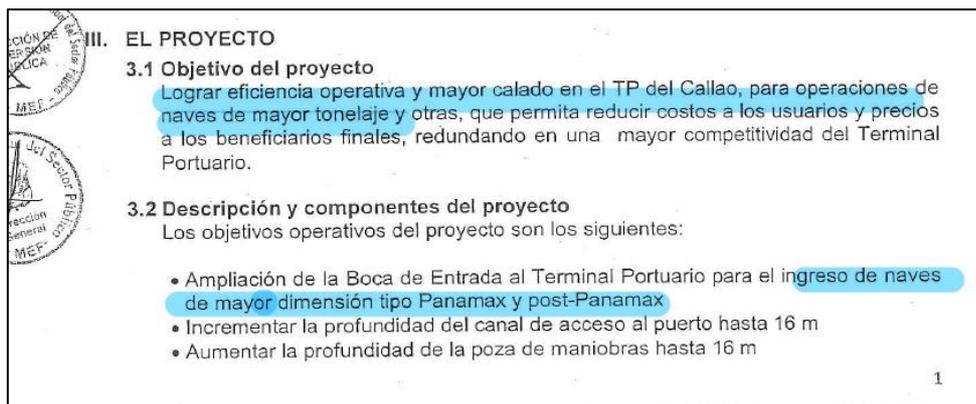
⁵ Contrato de Fideicomiso en Administración
PRIMERA: DEFINICIONES

(...) 1. **Accesos Terrestres:** Son las infraestructuras viales terrestres que tiene relación con el tráfico de carga pesada, cuyo tráfico va con destino hacia y desde el Puerto del Callao, en una distancia no mayor a 50Km.

44. Es decir, DPW no admitió la utilización de los fondos de la ICA para la contratación de una consultoría de interés de la APN, en la medida en que el Contrato de Concesión no lo permitía. Naturalmente, si la ICA hubiera sido considerada un mero pago o aporte dinerario del Concesionario sobre el cual no ejerciera ningún tipo de control, el Estado podría haber decidido contratar dicha consultoría o realizar cualquier tipo de inversión, vinculada o no con el TPC.
45. Por tanto, resulta contrario al Contrato afirmar que las obras ejecutadas con base a la ICA no constituyen bienes utilizados por el Concesionario y que por tanto no deben ser reconocidos por OSITRAN.
46. De otro lado, a diferencia de lo señalado por el Regulador, las obras comunes financiadas con la ICA son necesarias para la operación del TMS. El ejemplo más claro de ello es el proyecto que fuera ejecutado para la ampliación y mejoramiento de la bocana de acceso al TPC. Su pertinencia y necesidad para las operaciones del TMS ha sido incluso reconocida por el Ministerio de Economía y Finanzas ("MEF").
47. En efecto, el Informe Técnico No. 115-2009-EF/68.1 del MEF (**Anexo C**) que declaró la viabilidad de las referidas obras señala expresamente que su ejecución permitiría el ingreso de naves de mayor dimensión tipo Panamax y Post Panamax al Terminal. En el mismo documento, el MEF resaltó que el estado de la Boca de Entrada al puerto a ese momento (2009) y sin ampliación "*significa[ba] riesgos de seguridad para las naves Panamax y Post Panamax*" que recalarían en el terminal:

En referencia a la Boca de Entrada, por el cual ingresan las naves al TP del Callao, el ancho efectivo del canal de entrada es de 90 m, y la profundidad de aguas del canal y de la poza de maniobras es solamente 10.5 m, lo que significa riesgos de seguridad para las naves Panamax y Post Panamax. Estas condiciones constituyen limitaciones para el arribo de naves que requieren profundidades mayores a 12 m y mayor ancho de los canales de acceso y áreas de maniobras. La oferta proyectada considera la ampliación de la boca de entrada o bocana, de la zona de maniobras y el dragado adicional, así como las ayudas a la navegación respectivas.

48. Así, en dicha evaluación se identificaron los siguientes objetivos y componentes del proyecto:



III. EL PROYECTO

3.1 Objetivo del proyecto
Lograr eficiencia operativa y mayor calado en el TP del Callao, para operaciones de naves de mayor tonelaje y otras, que permita reducir costos a los usuarios y precios a los beneficiarios finales, redundando en una mayor competitividad del Terminal Portuario.

3.2 Descripción y componentes del proyecto
Los objetivos operativos del proyecto son los siguientes:

- Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario para el ingreso de naves de mayor dimensión tipo Panamax y post-Panamax
- Incrementar la profundidad del canal de acceso al puerto hasta 16 m
- Aumentar la profundidad de la poza de maniobras hasta 16 m

1

[Énfasis agregado]

49. Como reflejo de la necesidad de contar con esta obra, mediante Carta GG.DPW.126.10 de fecha 15 de junio de 2010 (**Anexo B**), DPW manifestó el interés de distintas líneas navieras de arribar al TPC con naves de gran calado, las cuales no podrían ingresar si no se ejecutaba la ampliación de la bocana.
50. Por ello, solicitó a la APN tomar "*las medidas necesarias para acelerar los procedimientos que permitan el inicio de los trabajos de ampliación de la bocana de acceso con el financiamiento gestionado a través*

de la Inversión Complementaria Adicional (ICA). **Ello permitirá aprovechar al máximo las ventajas que ofrece el NTC, atrayendo busques de gran capacidad que permitan aumentar la capacidad de carga y reducir los costos de transporte marítimo en beneficio del comercio exterior peruano**". [Énfasis agregado]

51. Tomando en cuenta lo anterior, a diferencia de lo señalado por OSITRAN, las obras de la ICA se han visto reflejadas en instalaciones y bienes utilizados por DPW, que resultan necesarias para la operación del TMS. Y que, sobre todo, han constituido un insumo importante para mejorar la capacidad de atención del terminal.

I.3 La ICA fue factor de desempate y se recupera a través de la explotación de la concesión

- **Sobre los orígenes de la ICA**

52. El origen de la ICA se remonta a las Bases del concurso para el otorgamiento de la concesión del Terminal Muelle Sur ("TMS"). De acuerdo con el esquema del concurso, el factor de competencia estuvo compuesto por las menores tarifas ofertadas y el mayor monto de ICA que sería presentado por el postor precalificado en caso de desempate.
53. La mejor propuesta económica determinaría al postor que tendría el derecho de explotar la concesión y la obligación de realizar las inversiones requeridas, tales como la construcción del nuevo terminal, la Inversión Complementaria Mínima ("ICM") y la ICA. En ese sentido, la inversión que se realizaría tanto por concepto de la construcción del nuevo terminal como por ICM e ICA sería recuperada a través de las tarifas ofertadas que cobraría el futuro concesionario al explotar la concesión.
54. Específicamente, según el TUO de las Bases⁶ el postor precalificado debía presentar el "Sobre No. 3: Propuesta Económica- Factor de Competencia". Dicho sobre contendría dos formularios. En el Formulario 1 se consignarían las tarifas por Servicio Estándar en función a la carga para contenedores de 20 y 40 pies. En el Formulario 2 se consignaría "*la Inversión Complementaria Adicional (ICA) ofertada por el Postor Precalificado*".
55. Según fue establecido en el Anexo 6 de las Bases y en la Circular No. 20 del 26 de mayo de 2006, en su oferta tarifaria el postor debía considerar los límites máximos establecidas por el Estado Peruano. El límite máximo de la tarifa por Servicios Estándar en función a la carga por contenedor de 20 pies fue de US\$ 119 y de 40 pies US\$ 178.5⁷.
56. De esta manera, con esta primera variable de competencia y con el establecimiento de límites máximos a las tarifas que ofertarían los postores se buscó motivar la competencia hacia costos más eficientes para los usuarios del terminal.
57. En el caso de la ICA, las Bases establecieron que "**el cálculo** [de la ICA] [sería] *responsabilidad exclusiva del Postor Precalificado*"⁸. Dicho cálculo debía realizarse en base a la lista de obras que serían financiadas por el concesionario a través de la ICA. Así, si bien en este caso no se estableció un límite máximo al monto que podría ser ofertado por ICA, en el diseño de la concesión se establecieron los parámetros de referencia en función de los cuales los postores debían **calcular** la ICA a ofertar.
58. Específicamente, dichos parámetros fueron establecidos en la versión del proyecto de Contrato de Concesión del 20 de abril de 2006. En la Cláusula 9.1 de dicha versión del contrato se señalaba que la "*Inversión Complementaria Adicional*" sería "*destinada para la ejecución de las actividades que se*

⁶ TUO de las Bases del concurso de proyectos integrales para la concesión del nuevo terminal de contenedores en el Terminal Portuario del Callao- zona sur, de mayo de 2006.

⁷ Circular No. 20 del 26 de mayo de 2006.

⁸ Definición 1.2.49 del TUO de las Bases.

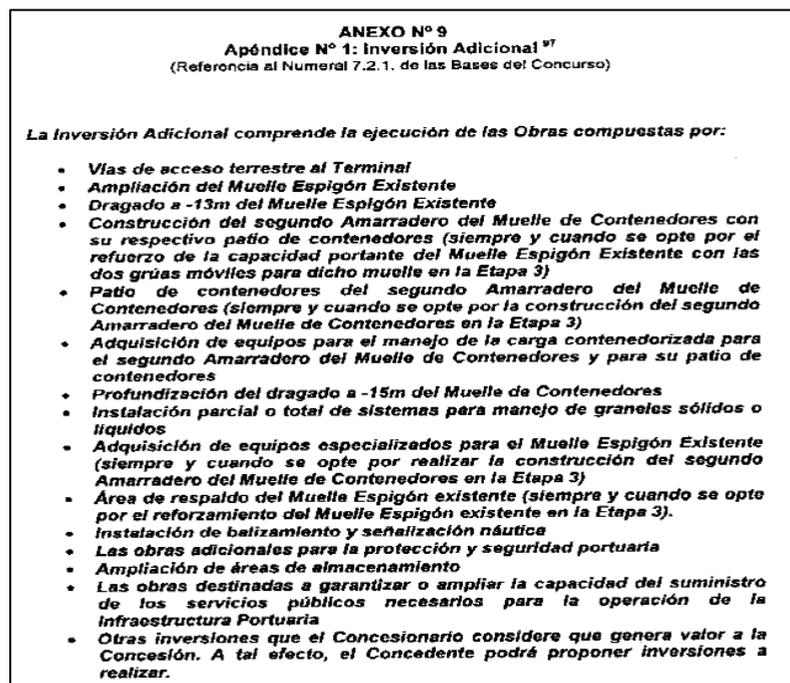
mencionan en la Cláusula 9.2". Así, en la Cláusula 9.2 se estableció que "el monto de la Inversión Complementaria Adicional **deb[í]a ser utilizado para inversiones**" en los siguientes ítems:

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

59. Lo anterior quedó más claro cuando en la siguiente versión del Contrato del 09 de mayo de 2006 se modificó la Cláusula 9.1 para clarificar que la "Inversión Complementaria Adicional" sería "destinada para la **ejecución de las inversiones** que se mencionan en la Cláusula 9.2" antes referida. De esta manera, a diferencia de lo señalado en la versión previa del contrato de abril de 2006, se estableció claramente que la ICA se utilizaría para financiar la ejecución de **inversiones**, no de meras actividades.
60. Bajo este diseño contractual establecido por el Estado, los postores precalificados que presentaran una oferta económica debían calcular los montos requeridos para financiar las inversiones listadas en la Cláusula 9.2. Dependiendo de su evaluación y de su disposición a invertir, los montos que ofertaran por ICA debían incluir los costos para cubrir una, dos o más de las siete obras listadas en dicha cláusula. Dicho *cálculo* de la ICA determinaría el monto final a ofrecer por dicho concepto en caso de empate en el tramo tarifario. Siendo ello así, el 16 de junio de 2006, el Consorcio Terminal Internacional de Contenedores del Callao, que luego constituiría al Concesionario DPW, presentó su Oferta Económica de tarifas y de una ICA por US\$ 144 millones.
61. Como se puede observar, con la ICA el Estado Peruano buscó el mayor monto de inversión para financiar obras adicionales que aportarían valor a la concesión y al Terminal Portuario del Callao ("TPC") en el futuro. Sin embargo, ello no quiere decir que la ICA no tuviera ningún parámetro de referencia o que los postores pudieran hacer una oferta donde el "cielo era el límite". El propio esquema del concurso y del contrato de concesión determinaron los parámetros sobre los cuales se ofertaría la ICA a través de una lista de inversiones. De esta manera se reconoció que, si bien la ICA representaría mayor costo de capital para el Concesionario, las obras que se financiarían con ella beneficiarían a la concesión y al TPC.
62. En otras palabras, el Estado Peruano generó en los postores la expectativa de que las inversiones por ICA serían recuperadas durante la concesión. Incluso, como ya hemos mencionado anteriormente, en atención a una consulta de los postores, en marzo de 2006 se estableció que el Monto de Inversión Complementario, el cual comprendía tanto la ICM como la ICA, constituía "un costo de la concesión 'activable' como una inversión necesaria para la producción pero que no implica[ría] 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" aplicable⁹.
63. En ese sentido, aun cuando el Concesionario no estaría a cargo del desarrollo de las obras ni explotaría directamente los activos que se financiarían con la ICA (pues desde su origen tanto la ICM como la ICA estuvieron destinadas a la ejecución de obras comunes en el TPC), se reconoció dicha inversión como un factor productivo de la concesión. Así, si bien el Concesionario podría, por ejemplo, financiar el mejoramiento de la Avenida Gambetta como parte de los accesos terrestres al terminal, ello naturalmente no implicaría que éste adquiriría el derecho a explotar dicha avenida.

⁹ Absolución a la Consulta No. 29 de marzo de 2006.

64. Por tanto, el hecho de que la ICA haya constituido el factor de desempate en la concesión del TMS no desconoce su naturaleza de inversión recuperable. El nacimiento de la ICA como factor de desempate en la forma de un aporte dinerario para ejecutar inversiones específicas fue una decisión del Estado.
65. Si la intención del Estado hubiera sido la de recibir mayor retribución o contraprestación sin retorno para el Concesionario pudo haber establecido que el factor de desempate fuera, por ejemplo, un mayor porcentaje de retribución o pago inicial por la concesión, variable que ha sido utilizada en otras concesiones¹⁰. Sin embargo, no lo hizo. En este caso, la elección por la que se optó fue la de mayores inversiones adicionales para la ejecución de obras definidas por el propio Estado.
66. Al respecto, conviene mencionar el caso del Terminal Portuario de Paita ("TPP"). Al igual que la ICA en el TMS, en el proceso de promoción del TPP el factor de desempate fue la mayor inversión adicional.
67. En efecto, según las Bases del concurso para el otorgamiento de la concesión del TPP, la "Inversión Adicional (IA)" sería el *"monto consignado por el Postor Precalificado en su Propuesta y que ser[í]a destinado a la realización de las Obras establecidas en el Apéndice 1 del Anexo 9"*¹¹. Si las ofertas por tarifas presentadas por uno o más postores precalificados eran iguales al límite inferior del rango tarifario establecido (Índice Tarifario Estándar), se procedería a *"abrir el 'Sobre N°3 – IA' de aquellos Postores Precalificados que obtuvieron dicho ITE"*¹², debiendo elegirse al adjudicatario de la buena que hubiera propuesto mayor Inversión Adicional.
68. El Apéndice 1 del Anexo 9 de las Bases, que luego fuera incorporado como Apéndice 2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión de TPE, contiene la siguiente lista:



¹⁰ Tal es el caso de la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Ver: https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/Ficha_LAP.pdf) Según el Numeral 8.2.1. de las Bases de Selección, la buena pro sería adjudicada a quien presente la Oferta Económica con el porcentaje más alto, es decir, con el mayor porcentaje de Retribución a favor del Estado (Anexo 3 de las Bases de Selección). Disponible en:

<https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAJORGECHAVEZ/Bases/1.-%20Bases%20Consolidadas.pdf>

Asimismo, en la concesión del Terminal Portuario de Matarani (ver: https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/Ficha_TISUR.pdf), el numeral 7.2.2. de las Bases de Selección indicaba que la concesión sería adjudicada a quien realice la mejor oferta económica por la entrega del Terminal Portuario. Disponible en: <https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAPUERTOS/matarani/BASES.pdf>

¹¹ Definición 1.2.51 del T.U.O. de las Bases del TPP, de marzo de 2009.

¹² Página 88 del TUO de las Bases del TPP, de marzo de 2009.

El Concesionario de acuerdo con el monto de su Propuesta Económica, invertirá en la ejecución de las Obras que se indican en el presente Apéndice, de acuerdo a la prioridad y oportunidad que éste defina.

Las Obras producto de la Inversión Adicional, deberán ser ejecutadas dentro del Área de la Concesión a excepción de las vías de acceso al Terminal Portuario de Paíta.

13

69. Dentro del listado de obras IA del TPP, se estableció que se financiarían, entre otros, "las vías de acceso terrestre al terminal", "obras adicionales para la protección y seguridad portuaria" o la "ampliación de áreas de almacenamiento". Incluso se estableció que algunas de las obras (vías de acceso al terminal terrestre) podrían ser realizadas fuera del área de concesión sin que ello afectara su naturaleza y posibilidad de recuperó vía tarifas.
70. Además, se reconoció expresamente que el Concesionario invertiría en las obras listadas en función del "monto de su Propuesta Económica", siendo que dichas obras serían ejecutadas en el área de la concesión, "a excepción de las vías de acceso al Terminal Portuario de Paíta". Por todo lo anterior, TPE ofertó un monto de IA de US\$ 100.8 millones.
71. Además del caso de TPE, en el concurso para la concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco ("TGSM") también se estableció como factor de desempate a las "inversiones complementarias", monto en dólares que el postor destinaría a financiar obras que no estuvieran comprendidas dentro de los requerimientos mínimos de inversión.
72. Según las Bases de dicho concurso¹⁴, la Inversión Complementaria ("IC") sería el monto ofrecido por el Postor Precalificado en caso de desempate. Además, al igual que en las concesiones previas, se estableció que "el cálculo de la Inversión Complementaria [sería] responsabilidad exclusiva del Postor Precalificado". Así, según la Cláusula 1.29.67 del Contrato del TGSM, el monto de Inversiones Complementarias será ejecutado según lo consignado por el Concesionario en su Propuesta Económica.
73. Como se puede observar, el esquema del concurso para la concesión del TPP siguió una fórmula muy similar a la establecida en el caso del TMS. En ambos casos, el factor de desempate fue el monto de mayor inversión adicional que ofrecerían los postores. En ningún caso se estableció un límite exacto al monto que podría ofrecerse. En su lugar, el Estado definió la lista de obras que podrían ser cubiertas con los montos ofertados¹⁵. Así, por ejemplo, al igual que en el caso del TMS, el mejoramiento de las vías de acceso terrestre al TPP fue concebida como una obra que sería financiada con inversiones adicionales de los concesionarios.
74. Además, en el Contrato de Concesión del TGSM se ha utilizado un mecanismo de competencia similar, según el cual el monto de inversiones adicionales que ofertaran los postores sería determinante en caso de empate.
75. En ninguno de estos casos se planteó a los postores que lo que ofertarían como "inversión" adicional en caso de desempate sería un aporte o pago sin retorno. En todos los casos se requirió a los postores calcular y ofertar montos de inversión para la ejecución de obras que contribuirían con la prestación de servicios portuarios. El hecho de que dichos montos hayan nacido como parte del factor de competencia no elimina su naturaleza de inversión ni limita su recuperó.

¹³ Página 87 del T.U.O. de las Bases del TPP, de marzo de 2009.

¹⁴ En: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_TERMINALPORTUARIOSANMARTIN/NUEVO_TUO_BASES_TPGSM_ABRL.pdf

¹⁵ Incluso, en el caso de TPE se establecieron parámetros más flexibles llegando a señalarse que la IA podría cubrir también "otras inversiones que el Concesionario considere que genere valor a la Concesión", para lo cual podría proponer inversiones a realizarse.

76. Lo anterior ha sido reconocido por el propio OSITRAN. En el Informe No. 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de febrero de 2014¹⁶, el Regulador emitió opinión a la versión final del referido contrato del TGSM. En dicha opinión, OSITRAN estableció que "similar factor de competencia se aplicó en el Contrato del Terminal Portuario Muelle Norte, el Terminal Portuario Muelle Sur y el Terminal Portuario de Paita", reconociéndose que, "particularmente en estos dos últimos [TMS y TPP] se ofertaron las menores tarifas en base a un índice tarifario y **se utilizó las inversiones adicionales como variable de desempate**"¹⁷.
77. Luego de identificar lo anterior, OSITRAN señaló que "el factor de competencia propuesto por PROINVERSIÓN e[ra] acorde con el esquema tarifario desarrollado en el Contrato de Concesión". Así, al referirse al esquema de incentivos del Contrato del TGSM, se señaló lo siguiente:

V.2.3 ESQUEMA DE INCENTIVOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

62. Con respecto a los aspectos tarifarios del Contrato de Concesión, cabe precisar que se considera que el esquema de incentivos propuesto en el proyecto de Contrato de Concesión es adecuado por las siguientes razones:

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

78. Como se puede observar, la oferta económica de los postores es el reflejo del factor de competencia exigido en estas concesiones, compuesto tanto por menores tarifas como por mayor inversión (ICA en el TMS, IA en el TPP e IC en el TGSM). En estos casos los postores ofrecieron cobrar menores tarifas e invertir mayores montos adicionales, bajo la expectativa y los incentivos generados por los esquemas tarifarios de los contratos de concesión.
79. Tal como se desprende de lo señalado por OSITRAN, la oferta económica de los postores (tanto en tarifas como en inversiones adicionales) fue presentada para "recuperar la inversión que han realizado y obtener ganancias".
80. Por tanto, de acuerdo con el esquema del concurso del TMS, la oferta que fuera realizada por DPW por concepto de la ICA, así como por los otros conceptos de inversión establecidos, fue realizada para recuperar su inversión a través de la explotación de la concesión.

¹⁶ Disponible: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_TERMINALPORTUARIOSANMARTIN/OPINION_DE_OSITRAN.pdf

¹⁷ Párrafo 54 del Informe No. 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

- **Sobre la propuesta de OSITRAN y la ICA como factor de desempate**

81. En su propuesta, OSITRAN ha señalado que la ICA no será reconocida como una inversión, entre otros, porque incorporarla en el cálculo del Factor de Productividad del TMS "*implicaría también trasladar a los Usuarios de dicho terminal portuario (mediante la aplicación de mayores Tarifas), la recuperación de la oferta por DPWC en el proceso de licitación*"¹⁸, siendo además que el monto ofertado por el Concesionario (US\$ 144 millones) habría sido muy superior al ofrecido por los demás postores.
82. Como hemos visto, el monto ofertado por DPW como parte de la ICA tuvo como referencia el listado de obras incluido en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión. Y, por tanto, la definición de los alcances máximos de la ICA fue establecida por el Estado Peruano.
83. Justamente porque formó parte de la oferta formulada por DPW se debe reconocer la ICA a fin de que el Concesionario pueda recuperar su inversión. Como se desprende de lo señalado por el propio OSITRAN en el marco del contrato del TGSM, toda oferta económica formulada sobre la base de tarifas e inversiones es realizada con la expectativa de generar ganancias y recuperar lo ofertado.
84. El esquema del factor de competencia y los incentivos generados por el marco contractual aplicable determinan que los concesionarios tengan el derecho de recuperar su inversión. En ese sentido, desconocer la ICA equivaldría a desconocer el derecho del Concesionario de cobrar las tarifas que formaron parte de su oferta.
85. En otras palabras, desconocer la ICA por haber sido parte del factor de desempate también resultaría contrario al esquema diseñado por el Estado Peruano en la licitación para la concesión del TMS.
86. En línea con lo anterior, en el primer procedimiento de revisión tarifaria de TPE, empresa vinculada a DPW, OSITRAN sí reconoció las Inversiones Adicionales, aun cuando las mismas formaron parte de la oferta del concesionario. En ese caso, la calidad de factor de desempate o la magnitud del monto ofertado (US\$ 100.8 millones de TPE versus los US\$ 144 millones de DPW) no fue obstáculo para reconocer la inversión.
87. En dicho procedimiento OSITRAN fijó un factor de productividad para el TPP de -4.70%¹⁹, considerando a las inversiones adicionales como un factor productivo del Concesionario²⁰. Específicamente, en el cálculo del índice de cantidades de insumos del TPP, el stock de capital considerado estuvo compuesto, entre otros, por las inversiones adicionales de TPE:

Cuadro N° 1
INVERSIONES DE CAPITAL NETOS DE AJUSTES CONTABLES EN EL TERMINAL PORTUARIO DE PAITA, 2010-2018
(USD)

	2 010	2 011	2 012	2 013	2 014
1. Activos fijos					
Instalaciones y otras construcciones	42 762	0	0	0	710 510
Máquinaria y equipo	524 262	15 625	0	3 865	0
Unidades de transporte	24 417	0	0	0	107 761
Muebles y enseres	8 822	46 268	0	375	2 681
Equipos de cómputo	-69 621	233 505	9 111	11 061	18 773
Equipos diversos	135 570	4 647	21 257	41 394	0
2. Otros activos					
Reembolso de costos a PROINVERSIÓN	1 181	59 083	0	0	0
Obras civiles iniciales	0	0	0	0	0
Equipamiento inicial	0	0	0	0	0
Etapa 1: Obra civil Muelle de Contenedores	0	0	0	0	114 176 644
Etapa 1: Equipamiento portuario	0	0	0	0	18 079 458
Etapa 2: Equipamiento portuario	0	0	0	0	0
Etapa 2: Remoción y extracción de embarcación pesquera	0	0	0	0	0
Remodelación de oficinas administrativas	0	691 993	0	0	0
Reparación de losas de concreto	0	31 770	0	0	0
Cisterna de concreto armado 540m ³	0	0	0	0	0
Consumidor Directo Diesel B2 – 10,800 Glns.	0	0	0	109 765	0
Área de relleno de 0,64 has.	0	0	0	0	1 685 448
Dragado – 13 m. Muelle Espigón existente	0	0	0	0	3 179 644
Adquisición e instalación de dos (02) grúas móviles	0	0	0	9 520 000	0
Diseño detallado de los duques de amarre	0	0	0	0	1 247 475
Instalación de tubería para el embarque de Etanol	0	0	0	0	568 772
Señalización náutica	0	0	0	0	330 742
Herramientas tecnológicas para la gestión del TPP	0	0	0	0	0
Ampliación de potencia e interconexión eléctrica a equipamiento STS 02	0	0	0	0	0
Adquisición de una (01) ambulancia	0	0	0	0	0
Rehabilitación y evaluación estructural del Muelle 01 del TPP	0	0	0	0	0
Ampliación de zona de referes – Etapa 1	0	0	0	0	0
Softwares	167 549	0	0	0	190

¹⁸ Párrafo 307 de la Propuesta de OSITRAN.

¹⁹ Resolución N°0050-2019-CD-OSITRAN.

²⁰ Cabe señalar que las inversiones adicionales ejecutadas al 2020 ascienden a USD28.8 millones y se detallan en el plan de negocios 2020 de TPE. Ver: <https://bit.ly/31vc0A4>.

	2 015	2 016	2 017	2 018
1. Activos fijos				
Instalaciones y otras construcciones	135 433	0	302 478	-282 881
Maquinaria y equipo	0	42 743	1 440	85 660
Unidades de transporte	-16 185	0	0	0
Muebles y enseres	5 240	0	79 047	2 835
Equipos de cómputo	10 800	27 391	25 122	22 099
Equipos diversos	78 604	0	42 193	42 300
2. Otros activos				
Reembolso de costos a PROINVERSIÓN	0	0	0	0
Obras civiles iniciales	0	0	0	0
Equipamiento inicial	0	0	0	0
Etapa 1: Obra civil Muelle de Contenedores	0	0	0	0
Etapa 1: Equipamiento portuario	0	0	0	0
Etapa 2: Equipamiento portuario	0	15 178 944	0	0
Etapa 2: Remoción y extracción de embarcación pesquera	0	2 863 228	0	0
Remodelación de oficinas administrativas	0	0	0	0
Reparación de losas de concreto	0	0	0	0
Cisterna de concreto armado 540m ³	194 729	0	0	0
Consumidor Directo Diesel B2 – 10,800 Glns.	0	0	0	0
Área de relleno de 0,64 has.	0	0	0	0
Dragado – 13 m. Muelle Espigón existente	0	0	0	0
Adquisición e instalación de dos (02) grúas móviles	0	0	0	0
Diseño detallado de los duques de amarre	0	0	0	0
Instalación de tubería para el embarque de Etanol	0	0	0	0
Señalización náutica	0	0	0	0
Herramientas tecnológicas para la gestión del TPP	0	0	1 695 914	0
Ampliación de potencia e interconexión eléctrica a equipamiento STS 02	0	181 797	0	0
Adquisición de una (01) ambulancia	0	0	62 371	0
Rehabilitación y evaluación estructural del Muelle 01 del TPP	0	0	0	7 854 951
Ampliación de zona de reefers – Etapa 1	0	0	463 713	0
Softwares	0	0	3 000	-20 000

Fuente: Terminal Portuario Euroandinos (Estados Financieros Auditados y Actas de recepción de obras).
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

Fuente: OSITRAN

88. Así, el factor de productividad del TPP resultante de -4.70% incluyó el monto de las inversiones adicionales como insumo que forma parte del proceso productivo del concesionario. Como consecuencia de ello y de las mayores inversiones adicionales efectuadas por TPE, el factor de productividad fijado permitirá un incremento tarifario a través del cual el concesionario podrá recuperar dichas inversiones.
89. En atención a lo anterior, resultaría contradictorio negar el reconocimiento de la ICA a DPW como una inversión relevante para el cálculo del Factor de Productividad del TMS sobre la base de su condición de factor de competencia, cuando en el caso de TPE se ha reconocido sin mayor objeción la inversión adicional que también fue factor de competencia.
90. Bajo este contexto, desconocer la ICA perpetuaría un tratamiento discriminatorio por parte del Regulador en perjuicio de DPW. Ello no sólo al amparo del principio de no discriminación previsto en el RETA²¹ sino también de los compromisos de protección de inversiones extranjeras suscritos por el Estado Peruano.

I.4 La ICA es un factor productivo del Concesionario

91. Tal como se desprende de lo señalado hasta el momento, el Estado Peruano definió desde el concurso, que la ICA sería destinada para las obras específicas listadas en el Contrato con el objeto de atender las "nuevas exigencias requeridas para la implementación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur".

²¹ Reglamento General de Tarifas de OSITRAN

Artículo 18. Principios

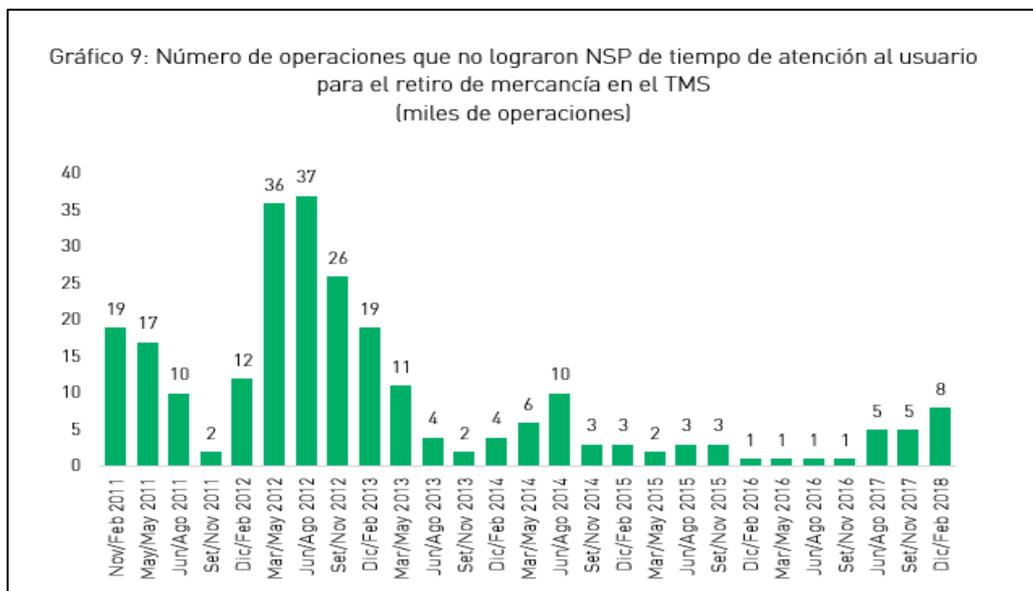
El ejercicio de la función reguladora por parte del OSITRAN se sujeta a los límites y lineamientos a que se refieren los siguientes principios:

6. No discriminación: La actuación del OSITRAN en el ejercicio de la función reguladora deberá orientarse a evitar que las Entidades Prestadoras otorguen injustificadamente a los Usuarios, un trato diferenciado frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva frente a otros.

(...)

8. Predictibilidad. En los procesos de fijación, revisión o desregulación tarifaria el OSITRAN procurará utilizar criterios de decisión similares ante situaciones o circunstancias de similares características.

92. En ese sentido, las obras financiadas por la ICA hasta el momento, esto es, la ampliación de la boca de entrada del TPC y el mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta han constituido inversiones requeridas para las operaciones de DPW y que han tenido un impacto significativo en la capacidad productiva del terminal.
93. Así, como mencionamos, el principal beneficio derivado de la ampliación de la bocana de acceso al terminal, la cual fuera culminada en 2011, ha sido el establecimiento de las condiciones operativas necesarias para la atención de naves de mayor capacidad.
94. En efecto, estas obras han permitido que el TPC reciba naves más grandes y con mayor capacidad como las Post Panamax y Neo Panamax. A manera de ejemplo, en 2010 al TMS no arribaban naves Neo Panamax. Sin embargo, tal como se evidencia en el Informe de Macroconsult (**Anexo G**), en los años posteriores al 2011 el número de naves de este tipo se ha incrementado significativamente, llegando a tener en 2019 una participación del 26.6% en el tráfico total de naves atendidas en el TMS según su tamaño²². De no haberse realizado la obra vinculada a la bocana de acceso al TPC con inversión de DPW a través de la ICA, el TMS no hubiera podido atender este tipo de naves.
95. Como consecuencia de ello, entre otros, el arqueo bruto de las naves que arriban al TPC se ha incrementado considerablemente. Así, luego de 2011, el arqueo bruto promedio de las naves portacontenedores que recalaron en el TPC se ha incrementado sistemáticamente a tasas anuales superiores al 10%²³.
96. Por su parte, como consecuencia del mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta, es posible observar que el número de operaciones en los que se superó el Nivel de Servicio y Productividad ("NSP") vinculado al tiempo máximo de atención individual para el retiro de mercancía en DPW se ha reducido considerablemente después de 2014, fecha de recepción de dicha obra. Ello se puede observar a continuación:



²² Informe de Macroconsult (p.29): "Del mismo modo, si evaluamos por tamaño de naves que arriban al TPC, observamos que DP World ha incrementado la atención de naves más grandes y de mayor capacidad. En efecto, en el Cuadro 1 se observa que en 2010 el arribo de naves Neo Panamax era nulo, sin embargo, durante los siguientes años el número de naves Post Panamax y Neo Panamax se incrementó significativamente. Por otra parte, se observa una reducción en la participación de naves más pequeñas, como las Panamax, cuya participación desciende de 95.8% a 31%."

²³ Informe de Macroconsult (p.27): "En específico se observa que, luego de que las obras correspondientes a dicho proyecto fueron recibidas en junio de 2011, el arqueo bruto promedio de las naves portacontenedores que recalaron en el Terminal Portuario del Callao se ha incrementado sistemáticamente a tasas anuales superiores al 10% (ver Gráfico 6)".

97. De esta manera, es posible observar que las obras asociadas a las mejoras de acceso terrestres, que fueron ejecutadas con la ICA por disposición contractual, han tenido un impacto significativo en el cumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad del Concesionario.
98. Por lo expuesto²⁴, solicitamos al OSITRAN reconocer íntegramente las inversiones realizadas por concepto de ICA por DPW. No hacerlo resultaría, en los hechos, una modificación del esquema del Contrato de Concesión.

II. RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS DE OSITRAN SOBRE LA ICA

99. Como hemos ido mencionando a lo largo del presente escrito, en la propuesta de OSITRAN se han desarrollado diversos argumentos para desconocer la ICA. Como veremos a continuación, ninguno de dichos argumentos se sustenta en una correcta interpretación del Contrato.

II.1 La ICA fue factor de desempate y se recupera

100. Según OSITRAN:

*"307. (...) el Concesionario ofreció USD 144 millones, **monto muy superior** al ofrecido por los demás postores. En tal sentido, incorporar la ICA en el cálculo del Factor de Productividad del TMS no solo iría en contra de lo establecido en el Contrato de Concesión, sino que **implicaría también trasladar a los Usuarios de dicho terminal portuario (mediante la aplicación de mayores Tarifas), la recuperación de la oferta realizada por DPWC en el proceso de licitación del TMS**".*

[Énfasis agregado]

101. En ese sentido, según la Propuesta de OSITRAN, la ICA no debería ser reconocida en el cálculo del Factor de Productividad debido a que (i) representa un monto significativamente alto y (ii) reconocerla implicaría trasladar a los usuarios su recuperación a través de mayores tarifas.
102. Como hemos visto, la ICA fue establecida como un factor de desempate por decisión del Estado Peruano. Sin embargo, ello no quiere decir que los postores pudieran ofertar montos de inversión sin mayor referencia o que *"el cielo fuera el límite"*. El esquema del concurso para el otorgamiento de la concesión del TPC estableció las reglas y parámetros a partir de los cuales los postores debían presentar sus ofertas por menores tarifas y mayor inversión.
103. En particular, desde el concurso, el Estado estableció cuál era la lista de obras que debían ser financiadas con la ICA. Así, en la Cláusula 9.2 de la versión final del Contrato que tuvieron en cuenta los postores (y DPW) al momento de formular sus ofertas, se estableció que la ICA *"deb[í]a ser utilizad[a] **para inversiones** en el Puerto del Callao"*.
104. En efecto, en dicha cláusula se estableció un listado de 7 ítems, todos ellos vinculados a obras y mejoras que serían implementadas en el TPC. No se trató de una lista abierta que sería posteriormente definida por el Concesionario. Es un *numerus clausus*. La ICA ofrecida por el postor ganador serviría para financiar únicamente las obras listadas en la Cláusula 9.2 antes mencionadas. Dichas obras fueron incluidas precisamente por su impacto positivo en las operaciones del TPC.
105. En ese sentido, el hecho de que la oferta ganadora de DPW hubiera consistido en un *monto superior* al de otros postores no significa que su reconocimiento a través de las tarifas implicaría trasladar a los

²⁴ Para mayores referencias nos remitimos también a lo señalado en la Carta GAC.DPWC.186.2015 del 10 de agosto de 2015.

usuarios el riesgo asumido por el Concesionario al realizar una oferta "muy alta". Solo refleja que el Estado Peruano y los usuarios del TPC se verán beneficiados con obras que serán financiadas con los montos aportados por DPW.

106. Así, cualquier posible impacto del reconocimiento de la ICA en las tarifas de los usuarios no significaría un mero traslado de la oferta del concesionario sin beneficio para los usuarios. Como hemos visto, la ICA ha financiado obras con impactos significativos para el TPC y, sobre todo, para la prestación de servicios portuarios en el TMS a favor de los usuarios.
107. Nótese además que desde el inicio la ICA fue llamada como tal: "inversión". Surgió como parte del "compromiso de inversión" del Concesionario, terminó llamándose "Inversión" Complementaria Adicional y, según el texto expreso del Contrato, sirve para *"inversiones en el Puerto del Callao"*.
108. En ningún momento durante el concurso se consideró a la ICA como una retribución no recuperable para el concesionario. No se estableció como en otros procesos de concesión que el factor de desempate fuera *"mayor retribución"* o *"mayor pago inicial al Estado"*. Se estableció que el factor de desempate sería mayor inversión, a la que se llamó ICA.
109. El caso de DPW no es el único. En el caso del TPP el factor de desempate también fue la mayor inversión adicional. TPE presentó una oferta de Inversión Adicional en base a un listado de obras que serían financiadas durante el desarrollo de la concesión con cargo a dicha inversión. En el mismo sentido, la ICA fue concebida como un concepto que sería destinado por el Concesionario para cubrir los costos de un listado de obras que fue previamente establecido por el Concedente.
110. A pesar de ello, la Inversión Adicional de TPE sí ha sido considerada como parte del stock de capital del Concesionario para efectos del cálculo del Factor de Productividad aplicable. Ello, además, se ha traducido en el reconocimiento del derecho del Concesionario de incrementar sus tarifas para recuperar sus inversiones, lo cual implicaría en palabras de OSITRAN *"trasladar los Usuarios de dicho terminal portuario (mediante la aplicación de mayores Tarifas), la recuperación de la oferta"* realizada por el Concesionario del Terminal Portuario de Paita. No reconocer la ICA, por tanto, no solo resultaría abiertamente discriminatorio si no que terminaría siendo, en los hechos, una sanción para DPW por haber presentado una oferta con un monto de inversión "muy superior".
111. En ese sentido, no existe base contractual ni razonable para afirmar que la ICA no se debe reconocer en el cálculo del Factor de Productividad por el solo hecho de tratarse de una inversión significativa del Concesionario que podría trasladarse a través de mayores tarifas a los usuarios.

II.2. La ICA implica que DPW financia obras e infraestructura que son necesarias para la producción

112. Según la Propuesta de OSITRAN:

*"288. Al respecto, si bien el Contrato de Concesión no contiene una definición expresa de inversión adicional; **sí considera una sección titulada 'Inversiones Adicionales' (Cláusulas 15.6 a 15.9) donde se regula el desarrollo de infraestructura adicional por parte del Concesionario.** No obstante, la ICA no implica que DPWC desarrolle infraestructura adicional (...)"*.

*"294. En tal sentido, resulta claro que **las inversiones realizadas en el Puerto del Callao con cargo al monto de ICA no son inversiones efectuadas por el Concesionario, sino por el Patrimonio Fideicometido (...)**"*.

"58. Es tal la autonomía de los recursos del fideicomiso con respecto al Concesionario, que el riesgo de la construcción de las obras a que se refiere la Cláusula 9.2 no son del Concesionario. En efecto, si por ejemplo, dichas obras **no se llegaran a ejecutar por una causa atribuible a la entidad encargada de impartir las instrucciones del fideicomiso (la APN)**, dicho hecho no sería imputable al Concesionario, por cuanto éste no es responsable de la ejecución de las obras con la ICA, sino de desembolsar los recursos para que la APN determine la forma en que se ejecutarán las mismas".

309. (...) En consecuencia, contrariamente a lo señalado por el Concesionario y tal como ha quedado demostrado previamente, el Contrato de Concesión no establece que la ICA constituye una **inversión necesaria para la producción de los servicios que brinda DPWC en el TMS. (...)**".

113. En ese sentido, según la Propuesta de OSITRAN, la ICA no debería ser reconocida en el cálculo del Factor de Productividad debido a que (i) a diferencia de las inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9 del Contrato de Concesión, la ICA no implica el desarrollo de infraestructura adicional por parte del Concesionario y, como consecuencia de ello, (ii) DPW no tiene control alguno sobre el riesgo ni ejecución de las obras.
114. Al respecto, como bien ha reconocido el OSITRAN, el Contrato de Concesión no contiene una definición de "inversiones adicionales". Por ello, corresponde identificar en el contrato aquellas inversiones que podrían calificar como tal. Así, a partir de una lectura integral del texto contractual, es posible identificar que la Cláusula 9.2 regula la "Inversión Complementaria *Adicional*" y la Cláusula 15.6 se refiere al desarrollo de infraestructura *adicional* a la mínima requerida.
115. En ese sentido, el elemento común de las citadas cláusulas es que se refieren a inversión *adicional* a aquella que hubiera sido requerida como parte del compromiso mínimo del Concesionario. Así, mientras que según la Cláusula 1.20.59 la ICA es el monto que "*adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima*" es aportada por el Concesionario, según la Cláusula 15.6 también se debe considerar el desarrollo de la infraestructura "*adicional a la mínima exigida en el Anexo 4*".
116. Además, el Contrato de Concesión reconoce expresamente que tanto las inversiones de la ICA como aquellas que se enmarquen en la Cláusula 15.6 deben ser recuperadas en caso de caducidad.
117. En efecto, como señalamos anteriormente, el Contrato de Concesión establece que en caso de caducidad se deben reconocer los montos que se hubieran aportado de la ICA hasta ese momento y que el Concesionario no hubiera podido "terminar" de recuperar como consecuencia de la finalización anticipada del contrato.
118. En el mismo sentido, la Cláusula 15.9 establece que "*al Presupuesto Máximo aprobado para efectos de caducidad (PMA) calculado en los acápite 15.3, 15.4 y 15.5 y 15.7, según corresponda, se le añadirá un Presupuesto Máximo de Obras Adicionales (en la Etapa de Explotación) para efectos de caducidad siguiendo el mismo procedimiento anterior, considerando el Presupuesto de obras adicionales en la Etapa de Explotación y considerando una vida útil de 30 años*".
119. De esta manera, tanto las inversiones ICA como aquella reguladas en la Cláusula 15.6 constituyen inversiones relevantes para la concesión que, por reconocimiento expreso del contrato, deben ser recuperadas en caso de caducidad. En ese sentido, ambos tipos de inversiones deben necesariamente ser recuperadas a través de la explotación de la concesión y el cobro de tarifas.
120. Siendo ello así, la única diferencia entre lo regulado en la Cláusula 9.2 y la Cláusula 15.6 es que en un caso el Concesionario financia las obras y, en el otro, no solo las financia, sino que además las desarrolla

o ejecuta directamente. Para OSITRAN, ésta sería la gran diferencia que determina que las obras adicionales ejecutadas al amparo de la Cláusula 15.6 sí se deben reconocer, pero no los montos invertidos por ICA.

121. Resulta innegable que el Concesionario no ejecuta directamente las obras de la ICA. Y que, al contrario, sí ejecuta o desarrolla directamente las obras que se deriven de la Cláusula 15.6. Sin embargo, la pregunta relevante que debería formularse el OSITRAN es si ambas cláusulas regulan inversiones adicionales relevantes para la productividad del TMS que deben ser recuperadas por el Concesionario a través de la explotación de la concesión.
122. Tal como se desprende de lo hasta aquí señalado, la respuesta a esta pregunta es que las obras financiadas con la ICA tienen un impacto importante en la capacidad productiva del TMS y deben ser recuperadas por el Concesionario. Nada en el Contrato indica que la ICA no deba ser tratada como una inversión adicional. Aceptar como único criterio relevante para negar el reconocimiento de la ICA el hecho de que la misma no sea ejecutada directamente por DPW, implicaría un desconocimiento absoluto de la naturaleza económica y contractual de dicha inversión.
123. De otro lado, no resulta exacto señalar que el Concesionario no tiene control alguno sobre las obras de la ICA y que si, por ejemplo, la APN decidiera no ejecutar las obras requeridas en el TPC, DPW no podría hacer más que conformarse con dicha decisión y limitarse a realizar un mero pago o desembolso sin posibilidad de reacción alguna. Los antecedentes del Contrato y la práctica de ejecución contractual cuestionan dicho razonamiento.
124. En efecto, a través de la Cláusula 9.2 del Contrato, el Estado peruano le ha garantizado a DPW que los montos de la ICA serán utilizados para las obras incluidas en dicha cláusula. En ese sentido, se le garantizó al Concesionario que la inversión que realizaría por la ICA no sería utilizada para fines distintos o que pudieran ser contrarios a sus intereses como concesionario del TMS.
125. En línea con lo anterior, en el Informe Técnico No. 015-2006/JS-Ct de Proinversión de abril de 2006 (**Anexo D**) se explicitaron las razones por las que se estableció un listado de obras que serían financiadas con la ICA. En ese sentido, se señaló que "*con el propósito de dar seguridad a los Postores que los fondos que aporten no se utilicen en una infraestructura que le haga competencia*" se había establecido el listado de prioridades en base a las cuales se invertirían los recursos por concepto de ICA. Específicamente, se indicó lo siguiente:

INVERSIÓN COMPLEMENTARIA ADICIONAL – ICA

Con el propósito de dar seguridad a los Postores que los fondos que aporten no se utilicen en una infraestructura que le haga competencia, se ha establecido el listado de prioridades en base a las cuales se invertirá los recursos aportados por el Concesionario por el concepto de ICA. Esta lista fue elaborada en coordinación con los técnicos de la APN.

Con el mismo propósito se establece el procedimiento de implementación del Fideicomiso así como las oportunidades en las que deberá realizarse la transferencia del ICA.

PROINVERSIÓN
DOCUMENTO ORIGINAL

126. Como se puede observar, con el mismo propósito de "*dar mayor seguridad*" a los postores también se estableció el procedimiento de implementación del fideicomiso, así como las oportunidades en las que debían realizarse las transferencias de la ICA. Por tanto, si la APN decidiera no ejecutar las obras requeridas en el TPC, DPW podría activar los mecanismos contractuales necesarios para exigir su cumplimiento.

127. Además, como hemos señalado anteriormente, durante la ejecución del Contrato, tanto DPW como el Estado Peruano consideraron necesaria la participación e involucramiento del Concesionario a fin de definir la mejor forma de ejecutar las obras que serían financiadas con la ICA. El mejor ejemplo de ello fue el proyecto de ampliación de la bocana de acceso al TPC.
128. Incluso desde el 2007 y durante los estudios iniciales para determinar cómo se llevaría a cabo el proyecto, la APN convocó distintas reuniones de trabajo con personal técnico de DPW a fin de tratar la "*estimación de inversiones de los proyectos ICA*"²⁵. De esa manera, luego de diversas coordinaciones, en enero de 2009 DPW dejó constancia de la alternativa de diseño que había sido concordada con la APN por ser aquella que "*mejor refleja[ba] las necesidades para la Ampliación de la Boca de Entrada*"²⁶.
129. En la misma línea, en el pasado DPW ha rechazado el uso de los fondos de la ICA para fines que no fueran aquellos estrictamente previstos en el Contrato de Concesión, como sucedió cuando la APN pretendió realizar estudios sobre el intercambio de contenedores intra terminal con cargo a dichos fondos.
130. Por tanto, aun cuando DPW no ejecuta directamente las obras que son financiadas con la ICA, ello no quiere decir que la participación del Concesionario en relación con dichas obras se haya limitado a ser la de un simple proveedor de recursos. DPW ha participado activamente en la ejecución de las obras de la ICA.
131. En ese sentido, no existe base contractual para afirmar que la ICA no se debe reconocer en el cálculo del Factor de Productividad porque el Concesionario no ejecuta directamente las obras financiadas con dicha inversión. Asimismo, resulta inexacto establecer que DPW no participa de algún modo en el desarrollo de dichas obras.

II.3. Las obras de la ICA constituyen bienes utilizados por DPW

132. Según la Propuesta de OSITRAN:

"300. Lo anterior resulta importante en la medida que el monto aportado por el Concesionario bajo concepto de ICA no puede ser considerado como una inversión en Obras efectuada por el Concesionario, en la medida que no es resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario del TMS, ni tampoco califica como bienes a ser utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por DPWC".

*309. [b]. Asimismo, la Cláusula 1.20.67. del Contrato de Concesión define el término Obras como: (i) trabajos en construcción del TMS, (ii) bienes a ser utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por el Concesionario para la operación, prestación de servicios y conservación de los Bienes de la Concesión. Sobre ello, tal y como se señaló anteriormente, las obras ejecutadas con los recursos de la ICA **no califican como Obras** según los términos del Contrato, en la medida que: (i) **no son obras necesarias para la implementación o Explotación del TMS**, y (ii) **son obras ubicadas fuera del área de la concesión**".*

[Énfasis agregado]

133. Tal como se desprende del texto citado, para OSITRAN las obras de la ICA no son "Obras" según la definición del Contrato. Por tanto, siendo que el Contrato solo reconocería el derecho a explotar la concesión para recuperar inversiones en "Obras", DPW no tendría derecho a recuperar la ICA a través de la prestación de servicios en el TMS. Además, se señala que en cualquier caso las obras de la ICA no son "*necesarias para la implementación o explotación del TMS*" y siendo que se trata de obras

²⁵ Oficio No. 744-2007-APN/GG del 04 de octubre de 2007 (**Anexo E**).

²⁶ Carta GG. DPWC.007.09 del 23 de enero de 2009 (**Anexo F**).

ubicadas fuera de la concesión no se podría permitir su recuperación a través de la explotación de la concesión.

134. La Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece 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 en 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"*.
135. En ese sentido, el Contrato ha reconocido el principio según el cual el Concesionario explota la concesión a través de la prestación de servicios para recuperar sus inversiones. Por eso se señala que constituye un derecho contractual del Concesionario recuperar sus inversiones en "Obras".
136. Al respecto, la definición contractual de Obras es la siguiente:

"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, construidos, 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".

137. En función de lo anterior, constituirán "Obras" no solo aquellas instalaciones o equipos que resultaron de los trabajos de construcción e instalación de equipamiento portuario del nuevo TMS, sino que además también se considerarán como tales a los "bienes" que resulten necesarios para la operación de la concesión y la prestación de servicios portuarios. Ello aun cuando dichos "bienes" no hubieran sido construidos por el Concesionario.
138. Lo anterior es consistente con el objetivo de la Cláusula 8.1 antes citada. Si según la Cláusula 8.1 del mismo Contrato la explotación de la concesión tiene como principal objetivo la recuperación de las inversiones que realice el Concesionario, a través de la definición de Obras se ha reconocido que dichas inversiones no solo se derivarán de lo que se hubiera ejecutado para la construcción y equipamiento del nuevo TMS sino **también se incluyen "los bienes" que podrían ser utilizados y/o construidos y/o explotados y/o mantenidos por el Concesionario como consecuencia de una inversión realizada para la mejor operación de la concesión.**
139. En ese sentido, podrían formar parte de las "Obras" bienes que no necesariamente sean mantenidos por el Concesionario pero que sí sean utilizados o construidos por él. Tal es el caso, por ejemplo, de las "Obras ICM", cuya conservación o mantenimiento por disposición expresa de la Cláusula 1.20.70 del Contrato *"no será de cargo del CONCESIONARIO"*. Por tratarse (al igual que las obras de la ICA) de "obras comunes" al TPC, naturalmente su mantenimiento se encuentra a cargo del Concedente. Sin embargo, ello no enerva su reconocimiento como inversión recuperable para el Concesionario a través de la explotación de la concesión.
140. En el mismo sentido, según la Cláusula 1.20.69 del Contrato de Concesión constituyen "Obras Exteriores" aquellas *"Obras Civiles que están construidas fuera de la ribera costera hacia el mar, tales como: diques de abrigo, rompeolas, ayudas a la navegación, obras de dragado entre otros"*. Algunas de dichas obras no necesariamente son construidas por el Concesionario y aun así constituyen "bienes utilizados" para la operación del TMS.

141. De la misma manera, las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la ICA constituyen "bienes" que son "utilizados" para "la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, bajo los términos del presente Contrato". Y el hecho de que no hayan sido ejecutados o construidos por el Concesionario no debería enervar su reconocimiento como inversión recuperable a través de la explotación de la concesión.
142. Incluso, uno de los ítems identificados en la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión como una obra de la ICA es una de las "Obras Exteriores" a las que se refiere la Cláusula 1.20.69, esto es, las "ayudas a la navegación de las áreas comunes". En ese sentido, queda claro que una "Obra" para efectos del Contrato puede incluir no solo bienes desarrollados o construidos directamente por el Concesionario, sino también aquellos utilizados para las operaciones del TMS.
143. Además, sin perjuicio de lo anterior y de la calificación de "bienes" u "obras" que se les otorgue a los resultados de la ICA, lo que debería tomar en cuenta el OSITRAN es el principio que subyace al reconocimiento del derecho contractual del Concesionario de recuperar "inversiones" a través de la explotación de la concesión. En palabras de Proinversión, tanto en la explotación como en supuestos de terminación del contrato, "el principio a utilizar es el del recupero de la inversión".
144. De otro lado, resulta claro de los antecedentes del Contrato y de lo señalado en relación con las obras que fueron incluidas en el texto expreso de la Cláusula 9.2 que las mismas fueron consideradas como "necesarias para la implementación o explotación del TMS" por el Estado Peruano. Por ello se decidió incluir en el mencionado listado a trabajos como la ampliación de la bocana de acceso al TPC o las mejoras de acceso terrestre.
145. Incluso la necesidad de que se lleven a cabo estas obras como requisito operativo indispensable para la "implementación o explotación del TMS" fue evidenciada por los postores durante el concurso para el otorgamiento de la concesión. Así, tal como quedó registrado en la Consulta No. 3 a las Bases, la cual fuera absuelta mediante Circular No. 13 de abril de 2006, resultaba "necesario que el Estado garantice a los postores que no existirán problemas para la operatividad del Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur derivados de las deficiencias en la amplitud de entrada" a fin de que "ingresen a la rada barcos Panamax como Post Panamax". Como hemos visto a lo largo del presente documento, a través de la ICA y de la Cláusula 9.2 del Contrato, el Estado garantizó que se realizarían obras como la ampliación de la bocana de acceso al TPC.
146. Señalar, por tanto, que las obras de la ICA no han resultado necesarias para la implementación o explotación del TMS no solo resultaría inexacto sino, además, contradictorio con el propio Contrato de Concesión.
147. Finalmente, tampoco resulta compatible con el texto contractual ni con el comportamiento del Estado Peruano señalar que no se pueden reconocer obras por estar "ubicadas fuera del área de la concesión". El mejor ejemplo de ello es que la definición contractual de "Obras" incluye a las "Obras Exteriores" que como hemos mencionado, según lo señalado en el Contrato "están construidas fuera de la ribera costera hacia el mar" e incluye, entre otros, al rompeolas, al dragado, a las "ayudas a la navegación", entre otros.
148. Además, como hemos mencionado, el Anexo 9 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita recoge la lista de Inversiones Adicionales que puede desarrollar el Concesionario, las cuales han sido reconocidas para efectos del cálculo del Factor de Productividad aplicable a dicho terminal. Dicho listado, al igual que la Cláusula 9.2 del Contrato de DPW, reconoce como una de las obras que podrían ser financiadas con IA a las mejoras en los accesos terrestres al terminal. Naturalmente los accesos terrestres al TPP se encuentran fuera del área de la concesión. Y ello no ha sido obstáculo para reconocer las obras IA como insumos productivos del Concesionario.

149. Por lo anterior, solicitamos al OSITRAN tomar en cuenta que los resultados de la ICA constituyen inversiones en obras y bienes utilizados por el Concesionario, que han sido considerados como necesarios para la concesión. Y que, por tanto, corresponde reconocer el derecho contractual de DPW a recuperar dicha inversión a través de la explotación de la concesión.

II.4. La ICA no es un arbitrio

150. Según OSITRAN:

"289. Como se advierte, de acuerdo con al Contrato de Concesión, la ICA es el monto, aporte o contraprestación que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima, fue ofrecido por DPWC 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".

*"293. De lo expuesto, se advierte que, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, **la obligación del Concesionario es la desembolsar la contraprestación correspondiente a la ICA en los plazos previstos contractualmente y transferirlos en dominio fiduciario el Fideicomiso (...)**".*

*"304. 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 DPWC se encuentre comprometido a ejecutar obra alguna, constituye un **aporte que fue ofertado por el Concesionario** a favor del Estado en su propuesta económica, el cual además fue factor de adjudicación. Dado que el Regulador ha optado por utilizar un enfoque restringido para el cálculo del factor de productividad, la ICA se debe descontar de manera previa al cálculo del factor de productividad*

*305. El uso del enfoque restringido no es un criterio novedoso, sino que se ha aplicado consistentemente en todos los procedimientos de revisión tarifaria en infraestructura de transporte de uso público. 61 Así, podemos apreciar que en los procedimientos de revisión tarifaria del Regulador más recientes, tales como la tercera revisión del AIJCH, la cuarta revisión del TPM, la primera revisión del TPP y la primera revisión tarifaria del TECM **no se consideraron los aportes realizados por los Concesionarios a través de la Retribución al Estado y el Aporte por Regulación.***

*309. [e]. (...) Por ejemplo, en el caso de las revisiones tarifarias del AIJCH no se consideró para el cálculo del factor de productividad, los **arbitrios pagados por el Concesionario**, ya que la iluminación o limpieza de las calles aledañas al aeropuerto (es decir, que se encuentran fuera del área de la concesión), si bien incrementan el bienestar de los usuarios, resulta independiente de la prestación de servicios en el aeropuerto, y como tal no debe formar parte de la productividad del Concesionario. Por tanto, debe indicarse que los desembolsos asociados a los proyectos financiados por la ICA no deben ser incluidos en el cálculo del Factor de Productividad del TMS".*

151. En la Propuesta de OSITRAN se equipara el tratamiento que en un proceso de revisión tarifaria recibe un arbitrio o los demás aportes que realizan los concesionarios al Estado (retribución, aporte por regulación) al tratamiento que debería recibir la ICA. Como no corresponde reconocer los pagos hechos por el Concesionario para la iluminación o limpieza de las calles (arbitrios municipales) ni otros aportes realizados a favor del Estado, tampoco correspondería reconocer los desembolsos hechos para las obras de la ICA. Para OSITRAN, ni uno ni otro deben formar parte de la productividad del Concesionario.

152. Esta comparación desnaturaliza los conceptos. La ICA no tiene ni la misma naturaleza ni las características de un arbitrio, del aporte por regulación, o del pago de la retribución al Concedente. A diferencia de los conceptos a los que se le ha querido asimilar, la ICA es una inversión. El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre estos conceptos:

Concepto	Origen	Destino del financiamiento	Contribución del Concesionario
Inversión Complementaria Adicional	Contrato de Concesión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obras comunes en el TPC. ▪ Costos de administración y mantenimiento del Fideicomiso. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obras son financiadas con la inversión del Concesionario.
Aporte por regulación	Ley de creación de OSITRAN (26917).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Actividades de OSITRAN (ejercicio de sus funciones y gastos de supervisión). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Gastos y actividades son financiados por el Concesionario y otros concesionarios supervisados.
Arbitrios	Ley de Tributación Municipal.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Servicios de limpieza pública, parques y jardines y seguridad ciudadana. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Servicios son financiados por el Concesionario y otros: propietarios de predios y otros concesionarios ubicados en la jurisdicción.
Retribución	Contrato de Concesión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Gastos operativos de la APN y del Fondo de Compensación de Desarrollo Portuario; actividades de DICAPI. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Gastos y actividades financiadas por el Concesionario y otros concesionarios portuarios.

153. Como se puede observar, el origen de la ICA es el Contrato de Concesión y no tiene naturaleza tributaria como un arbitrio o el aporte por regulación de OSITRAN. Además, a diferencia de la retribución al Concedente que tiene como destino el financiamiento de diversos gastos operativos y fondos a los que contribuyen otros concesionarios, la ICA tiene un destino específico a favor de DPW y del TPC.
154. Asimismo, a diferencia del alumbrado público o la limpieza de parques o jardines los cuales son servicios financiados por todos los contribuyentes afectados de la zona, las obras realizadas con la ICA han sido financiadas directamente por DPW y no por otros concesionarios.
155. En esa misma línea, se puede perfectamente identificar las obras y proyectos financiados con su aporte por ICA, así como el impacto que dichas obras representan para la capacidad productiva de la concesión. Ello no sucede con los montos aportados por arbitrios o aporte por regulación.
156. Lo único que tiene en común la ICA con dichos conceptos es que todos implican un desembolso o una transferencia de dinero por parte de DPW. Ello no debería ser razón suficiente para equiparar el tratamiento de la ICA al que reciben los arbitrios u otros pagos hechos por el Concesionario al Estado dentro del proceso de determinación del factor de productividad.
157. Por tanto, equiparar la naturaleza y el impacto de las obras ejecutadas con la ICA a lo que podría significar el pago de un arbitrio para el alumbrado público de zonas aledañas al terminal o conceptos similares resulta arbitrario.

III. COMENTARIOS SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTUADO POR OSITRAN

158. De acuerdo con el marco legal aplicable, en cada proceso de revisión tarifaria, corresponde a OSITRAN realizar la evaluación de las condiciones de competencia existentes a fin de confirmar el mantenimiento de la regulación tarifaria aplicable.
159. En esa línea, en la Exposición de Motivos del RETA se señala que *"en el marco de un procedimiento de fijación, revisión o desregulación de tarifas, **corresponde al Regulador evaluar si el servicio***

en cuestión se presta en condiciones de competencia, a fin de determinar si corresponde o no fijar o revisar una tarifa o, si por el contrario, corresponde desregular el servicio en cuestión²⁷.

160. Por tanto, es deber de OSITRAN evaluar las condiciones de competencia de los mercados en los que ejerce sus funciones a la luz de las mejores prácticas regulatorias y estándares aplicados.
161. Por dicha razón, en nuestra propuesta hicimos notar la metodología y los mecanismos reconocidos por distintas autoridades en la definición de mercados relevantes y en la evaluación de condiciones de competencia. Así, entre otros, manifestamos lo siguiente:

*"Para responder las preguntas claves para la definición del mercado de producto y geográfico relevante, de acuerdo con lo señalado por diversas guías y lineamientos de la OCDE, la Comisión Europea y la Red Internacional de Competencia (ICN por sus siglas en inglés), así como por decisiones previas del INDECOPI, las autoridades deben utilizar evidencia de mercado. Así, se ha reconocido que se debe tomar en cuenta, entre otros, información sobre eventos pasados; análisis de competencia recientes en mercados similares u opiniones pasadas de las autoridades de competencia; encuestas, preguntas o requerimientos de información a los usuarios para evaluar sus preferencias; así como, datos o información aportados por las empresas investigadas"*²⁸.

162. Además, específicamente solicitamos, *"evaluar con base en información de mercado (entrevistas o requerimientos de información) si, dadas las alternativas de sustitución disponibles, las líneas navieras con operaciones de menor tamaño considerarían dejar de recalar en el TMS dado un incremento en los precios de los servicios brindados en dicho terminal"*.
163. No obstante, OSITRAN ha llamado la atención sobre el hecho de que en nuestra propuesta no habríamos presentado *"alguna conclusión que indique [nuestra] posición"* sobre la existencia o no de competencia en los mercados relevantes identificados. Por ello, consideró que *"carec[ía] de objeto evaluar [las] recomendaciones"*²⁹ presentadas.
164. Al respecto, debemos indicar que lo señalado en nuestra propuesta sobre la metodología que debería seguir el Regulador al evaluar los mercados en los que participan los concesionarios no responde a meras recomendaciones, que puedan o no ser implementadas. OSITRAN tiene la obligación de evaluar las condiciones de competencia aplicables en base a la mejor evidencia disponible que respalde el ejercicio de sus facultades como regulador. Para ello, el RETA faculta al OSITRAN a que, en cualquier momento, pueda requerir la información que considere pertinente para el ejercicio de su función reguladora³⁰.

²⁷ Exposición de Motivos del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN. Disponible en: https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/PROYECTO_RETAs.pdf

²⁸ Propuesta DPW, pág.35.

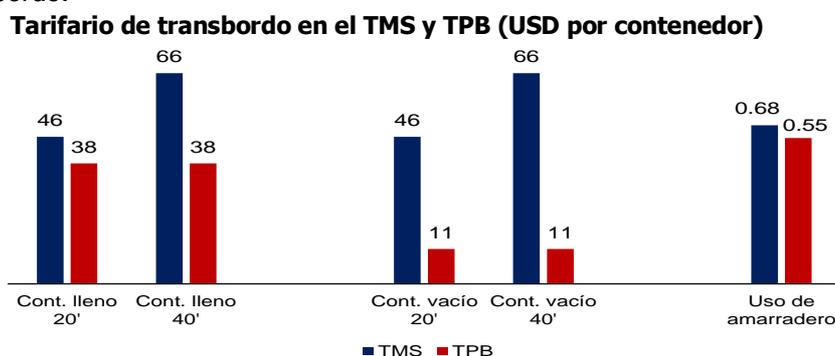
²⁹ Párrafos 9 y 10 de la Propuesta de OSITRAN.

³⁰ Artículo 55. Requerimientos de Información

OSITRAN está facultado a requerir a las Entidades Prestadoras involucradas, en cualquier momento, la información que considere pertinente para efectos del ejercicio de su función reguladora. En tal virtud, el OSITRAN podrá solicitar la siguiente información, la misma que tiene carácter meramente enunciativo y no taxativo:

1. Marco general y justificación;
2. Definición del o los servicios objeto de la fijación de la tarifa;
3. Proyección de la demanda;
4. Plan de inversiones y valor de las inversiones ejecutadas;
5. Costos operativos;
6. Costo de capital;
7. Flujo de caja;
8. Análisis de sensibilidad;
9. Comparación tarifaria de ser el caso;
10. Información financiera auditada
11. Proyecciones del cofinanciamiento del Concedente, de ser el caso.

165. Lo anterior además resulta consistente con la Política de Mejora Regulatoria aprobada por el propio OSITRAN³¹, según la cual es un objetivo buscado por el Regulador el "asegurar y garantizar la adopción de regulaciones de alta calidad, **basadas en evidencia**".
166. La ausencia de un análisis exhaustivo y sustentado en evidencia de mercado sobre las condiciones de competencia por parte de OSITRAN podría conducirlo a conclusiones equivocadas. En este caso, más allá de la posición de DPW, consideramos que no agotar los mecanismos y recursos necesarios para explorar las reales condiciones de mercado que enfrenta el TMS habría llevado al OSITRAN a realizar afirmaciones basadas en información incompleta.
167. A manera de ejemplo, en el análisis realizado sobre el nivel de sustituibilidad entre el TMS y el muelle 5A del TNM, OSITRAN se ha limitado a resaltar que solo un 6.6% de las naves que recalán en el TMS no presentarían restricciones para ser atendidas en el TNM³². Para OSITRAN, dicho porcentaje sería suficiente para descartar la existencia de una presión competitiva para DPW.
168. Sin embargo, no se ha evaluado la importancia relativa que dicho 6.6% del número de naves podría significar para el terminal. A manera de ejemplo no se ha tomado en cuenta que dichas naves representan un porcentaje significativo de los ingresos por servicios en el TMS:
- Uso o Alquiler de Amarradero: 9.4% (USD 237,979).
 - Embarque/Descarga de Contenedores Vacíos – 20 pies: 18.0% (USD 387,505)
 - Embarque/Descarga de Contenedores Vacíos – 40 pies: 5.5% (USD 791,094)
 - Transbordo de Contenedores Llenos o Vacíos – 20 pies: 26.5% (USD 900,505)
 - Transbordo de Contenedores Llenos o Vacíos – 40 pies: 23.2% (USD 1,301,153).
169. Asimismo, en la determinación del mercado geográfico relevante para el servicio de transbordo, OSITRAN ha considerado que el mercado geográfico solo está conformado por el Callao descartando, sin mayor sustento, otros puertos que podrían ser alternativas viables para la carga de transbordo como, por ejemplo, el Terminal Portuario de Buenaventura ("TPB").
170. En ese sentido, no se ha tomado en cuenta que el Terminal Portuario de Buenaventura posee una serie de características que lo convierten en una potencial alternativa para e las líneas navieras³³.
171. Así, por ejemplo, sumado a la reciente inversión en infraestructura realizada en dicho terminal, es posible observar que las tarifas ofrecidas por el operador de Buenaventura son considerablemente menores a las ofrecidas en el TPC, volviéndolo una alternativa atractiva para realizar el movimiento de carga de transbordo.



12. Estudio de condiciones de competencia.

³¹ Política de Mejora Regulatoria del OSITRAN, aprobada mediante Resolución No. 047-2016-PD-OSITRAN. Disponible en: <https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/047PD2016.pdf>

³² Párrafo 141 de la Propuesta de OSITRAN.

³³ Kavirathna et al (2018), señalan que, desde el punto de vista de las líneas navieras, la decisión de hacer transbordo se encuentra influenciada por diversos factores como lo son el costo económico, la capacidad del puerto para atender carga de transbordo, infraestructura existente, frecuencia de naves, etc.

Fuente: Tarifarios vigentes de DP World (<https://bit.ly/2FMnrff>) y Sociedad Portuaria Buenaventura (<https://bit.ly/2HjSkZ1>). Elaboración propia.

172. DPW confía en que, a diferencia de los casos mostrados, en futuros procesos de revisión tarifaria se realizará una evaluación sustentada y con base a información completa de mercado sobre las condiciones de competencia que afectan al TMS. El estándar legal y la metodología que se siga para tales efectos tendrá un impacto significativo en la aplicación del régimen tarifario de la concesión.

En atención a todo lo anterior, invocamos al OSITRAN se sirva tomar en cuenta nuestras observaciones y acceder a lo solicitado, ajustándose el cálculo del Factor de Productividad contenido en la propuesta del Regulador. Asimismo, solicitamos que, a fin de dar estricto cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Concesión y conforme a sus facultades, el OSITRAN establezca el mecanismo que le permita a DPW recuperar las ganancias que viene dejando de percibir por el retraso en la fijación del Factor de Productividad.

Sin otro particular y agradeciéndole de antemano su atención, quedamos de ustedes.

Atentamente,



Francisco Roman Ortiz
Apoderado

Adjuntamos en calidad de anexos los siguientes documentos:

- **Anexo A:** Informe No. 017-2006/JS-CI de Proinversión del 8 de mayo de 2006.
- **Anexo B:** Carta GG.DPWC.126.10 del 15 de junio de 2010.
- **Anexo C:** Informe Técnico No. 115-2009-EF/68.1 de agosto de 2009.
- **Anexo D:** Informe Técnico No. 015-2006/JS-CT de Proinversión del 17 de abril del 2006.
- **Anexo E:** Oficio No. 744-2007-APN/GG del 04 de octubre de 2007.
- **Anexo F:** Carta GG. DPWC.007.09 del 23 de enero de 2009.
- **Anexo G:** Informe elaborado por Macroconsult.