

Callao, 30 de noviembre del 2020

Señora

VERONICA ZAMBRANO COPELLO

Presidente del Consejo Directivo

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

Presente.-

Asunto: Escrito de ampliación al uso de la palabra de fecha 17 de noviembre del 2020

De nuestra consideración:

Es grato dirigirme a usted con referencia al procedimiento de revisión tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, y en el cual con fecha 17 de noviembre de 2020 se nos otorgó el uso de la palabra frente al Consejo Directivo del OSITRAN a fin de plantear nuestra posición en relación con el reconocimiento que corresponde realizar a la Inversión Complementaria Adicional ("ICA") en el cálculo del Factor de Productividad del período 2020-2025.

En dicha oportunidad uno de los miembros de Consejo Directivo consultó acerca de las razones por las cuales las Partes no habían sido claras al establecer en el Contrato cuál debe ser el tratamiento que se le debe otorgar a la ICA.

Tal como lo manifestamos durante la audiencia, a partir de una lectura integral del Contrato consideramos que es posible identificar que **las Partes sí fueron claras en calificar y diseñar el tratamiento que se le debe otorgar a la ICA durante toda la concesión**, desde sus inicios, en la explotación e incluso en supuestos de caducidad.

Por ello, de manera complementaria a lo ya mencionado y a fin de aclarar las inquietudes planteadas a continuación desarrollamos un análisis del contenido del Contrato de Concesión¹, el cual demuestra cómo las Partes establecieron el derecho de DP World Callao S.R.L. ("DPW") de recuperar la ICA a través del cobro de tarifas en el Terminal Muelle Sur ("TMS").

I. SOBRE EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN Y RECUPERACIÓN DE INVERSIONES

¹ Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

- **De la Cláusula 8.1 y de la definición de "Obras" de la Cláusula 1.20.67**

1. La Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"8.1 La Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida 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".

[Énfasis agregado]

2. El Contrato ha reconocido en la primera parte de la Cláusula 8.1 el derecho del Concesionario a explotar la concesión a través de la prestación de servicios para recuperar sus inversiones. Dichas inversiones serán aquellas que correspondan a la construcción del Nuevo Terminal de Contenedores ("NTC"), así como aquellas otras que formen parte del compromiso de inversión del Concesionario.
3. En esa línea, la Cláusula 8.19 del Contrato² señala que en las revisiones tarifarias que se realicen cada cinco (5) años y para propósitos del cálculo del factor X, se tomará en cuenta:
- (i) La anualidad del valor de la inversión referencial vinculada a la construcción del Nuevo Terminal; y,
 - (ii) Las inversiones adicionales (a las indicadas en el punto anterior) netas de su depreciación.
4. En ese sentido, de una lectura sistemática de las Cláusulas 8.1 y 8.19 del Contrato de Concesión, es posible afirmar que -como expresamente lo señala el texto de la Cláusula 8.1- el **"CONCESIONARIO recuperará su inversión en las Obras"** a través del cobro de las tarifas establecidas, las cuales serán revisadas cada cinco años.
5. Es en este punto donde la Propuesta de OSITRAN³ ha planteado una lectura limitada e incorrecta del concepto de Obras y del derecho del Concesionario a recuperar sus inversiones en ellas. Según la Propuesta de OSITRAN, las obras ejecutadas con la ICA no podrían ser consideradas como inversión para efectos de su recuperación en tanto que no son *"el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario del TMS, ni tampoco califican como bienes a ser utilizados, explotados y/o mantenidos por el CONCESIONARIO"*⁴.
6. Como veremos, la interpretación que se pretende en la Propuesta de OSITRAN, no solo priva de todo sentido a la segunda parte de la Cláusula 1.20.67 sino que además es contraria a su texto. Una correcta interpretación de la definición de Obras, así como de la Cláusula 8.1 antes mencionada confirma que **el Concesionario sí tiene derecho a recuperar todas sus inversiones a través de la explotación de la concesión.**

² Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión

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

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

³ "Propuesta de Revisión Tarifaria en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao" publicada con fecha 12 de octubre de 2020 mediante Resolución No. 053-2020-CD-OSITRAN.

⁴ Párrafo 300 de la Propuesta de OSITRAN.

7. La Cláusula 1.20.67 define a las "Obras" de la siguiente manera:

"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**".*

[Énfasis agregado]

8. La primera parte de la Cláusula 1.20.67 se refiere expresamente al principal objeto del Contrato de Concesión, esto es, las "Obras" que fueron el resultado de los trabajos de construcción y equipamiento del Nuevo Terminal de Contenedores.
9. Sin embargo, la segunda parte de la citada definición busca comprender en sus términos a todas aquellas otras inversiones que sean realizadas por el Concesionario, **distintas a la construcción del Nuevo Terminal**. Solo en ese escenario tiene sentido un segundo párrafo. Por eso, se señala que "*asimismo*" se considerarán Obras para efectos del Contrato, a lo siguiente:

*"(...) **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**".*

[Énfasis agregado]

10. En la interpretación desarrollada en la Propuesta de OSITRAN pareciera entenderse que sólo calificarían como "Obras" aquellas directamente ejecutadas por el Concesionario y que formaron parte del presupuesto de inversión referencial vinculado con la construcción del Nuevo Terminal. Esta interpretación priva de todo sentido a la segunda parte de la Cláusula 1.20.67 y no es consistente con la aplicación del Contrato ni con su correcta interpretación.
11. Siguiendo el método literal de interpretación que busca identificar el significado del lenguaje utilizado, un bien es "*todo aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana*"⁵. En ese sentido, formarán parte de las "Obras" para efectos del Contrato, todo lo que sea utilizado y/ construido y/o explotado y/o mantenido para efectos de satisfacer la operación y prestación de los Servicios en el TMS.
12. Así, a través de la definición de Obras se ha reconocido que en dicho concepto no solo se encuentra comprendido lo que se hubiera ejecutado para la construcción y equipamiento del nuevo TMS. 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.
13. Al respecto, cabe precisar que según la Cláusula 16.7, "*el uso de la disyunción 'o' en una enumeración deberá entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de tal numeración*".

⁵ Significado de "bien":

1.m. Aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal.

2.m. Utilidad, beneficio. El bien de la familia

3.m. Patrimonio, hacienda, causal. U. m. en pl.

4. m. Econ. Todo aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana.

En: <https://dle.rae.es/bien?m=form>

En ese sentido, podrán constituir "Obras" para efectos del contrato, aquellos bienes que sean utilizados **u** operados **o** mantenidos para la prestación de Servicios en el terminal. En la lectura que se ha hecho de esta cláusula en la Propuesta de OSITRAN se ha omitido la referencia a la "disyunción 'o' incluida en el texto, la cual permite precisamente comprender dentro del concepto de "Obras" a las inversiones hechas en bienes que simplemente son usados para la prestación de los Servicios en el TMS.

14. Si se atiende a este detalle, se debe concluir que **forman parte de los bienes comprendidos en la definición de "Obras" aquellos que son el resultado de las obras de la ICA, los cuales son utilizados para la prestación de los Servicios en el TMS.**
15. Además, la única lectura válida de la definición de "Obras" consistente con el método lógico de interpretación es que a través de dicha definición se ha buscado reconocer todos los trabajos, bienes, instalaciones o facilidades relevantes para la concesión, que sean utilizados y/o construidos y/o mantenidos según lo establecido en el Contrato y no sólo aquellos bienes comprendidos en la construcción del TMS. Esa es la única forma de dar sentido a la segunda parte de la referida cláusula.
16. Ello es consistente con el objeto del Contrato. Según la Cláusula 2.6⁶, si bien el objeto principal del Contrato es la construcción del Nuevo Terminal, también constituye parte de las prestaciones a cargo del Concesionario, la ejecución de las Obras de Inversión Complementaria Mínima ("ICM") y la entrega de la ICA. En ese sentido, se ha reconocido que, además de la construcción del Nuevo Terminal y otras obligaciones, las Obras ICM y la ICA constituyen "*las principales prestaciones del Contrato*" a cargo del Concesionario. En dicha cláusula también se establece que, como correlato de dichas obligaciones, el derecho a la explotación de la concesión constituye el principal derecho contractual recogido a favor de DPW.
17. Una interpretación sistemática del Contrato y de las definiciones contractuales también confirma lo anterior. En el desarrollo del concepto general de "Obras" y a fin de identificar los "bienes" utilizados y/o construidos y/o mantenidos para la operación de la concesión, el Contrato contiene definiciones particulares de los distintos tipos de obras que podrían existir. Éstas son las siguientes:

"1.20.68. Obras Civiles

Conjunto de actividades desarrolladas con la finalidad de demoler, excavar, o construir una infraestructura sobre o alrededor de la cual se monta instalaciones o equipos y acabados, que permiten su utilización para el fin propuesto. Comprende la preparación del terreno, demoliciones, el dragado del fondo marino, el relleno, la cimentación y la construcción del muelle y la losa de respaldo; así como las oficinas y talleres, entre otros requeridos.

1.20.69. Obras Exteriores

Comprende las 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.

1.20.70. Obras ICM

⁶ "2.6 Las principales actividades o prestaciones de la Concesión, que constituyen los derechos y obligaciones materia del Contrato, son cuando menos las siguientes:

- a) La entrega y reversión de los Bienes del CONCEDENTE que se regula en la Sección V del Contrato.
- b) La Construcción del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, según se detalla en la Sección VI.
- c) La Ejecución de las Obras ICM.
- d) La Conservación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, según los términos establecidos en la Sección VII.
- e) La Explotación de la Concesión, conforme a las condiciones establecidas en la Sección VIII.
- f) La entrega del monto de Inversión Complementaria Adicional, cuando corresponda, según los términos establecidos en la Sección IX del Contrato".

Son las obras que el CONCESIONARIO deberá ejecutar para el cumplimiento de su Inversión Complementaria Mínima indicadas en el Anexo 9. La Conservación no será de cargo del CONCESIONARIO.

1.20.71. Obras Interiores

*Comprende las Obras Civiles que se ubican **desde la ribera costera en tierra**, ejemplo: muelles, espigones, almacenes, patios de contenedores, etc.”*

[Énfasis agregado]

18. Como se puede observar, las definiciones contenidas en las Cláusulas 1.20.68 a 1.20.71 desarrollan los distintos tipos de obras que podrían ser ejecutadas en el marco del Contrato. En ese sentido, se pueden identificar Obras Civiles, Obras Exteriores, Obras ICM y Obras Interiores.
19. Como se puede observar, por sus características, las principales inversiones⁷ que podrían realizarse con cargo a la ICA califican como “Obras Civiles” y “Obras Exteriores”:

Inversiones listadas en la Cláusula 9.2	Tipo de Obras
Ayudas a la navegación de las áreas comunes	Obras Civiles y Obras Exteriores
Implementación de Sistemas de Protección y Seguridad en lo referente a áreas comunes	Obras Civiles y Obras Exteriores
Mejoras de accesos terrestres	Obras Civiles
Ampliación de la bocana de acceso al Puerto del Callao	Obras Civiles y Obras Exteriores
Profundización adicional del canal de acceso y poza de maniobras	Obras Civiles y Obras Exteriores
Desarrollo de Zonas de Actividades Logísticas	Obras Civiles

20. En ese sentido, **constituyen “Obras” tanto las obras civiles que formaron parte del proyecto para la construcción del Nuevo TMS como las obras resultado de la ICM, las obras de la ICA, así como otras inversiones adicionales que pudiera ejecutar el Concesionario y tomen la forma de Obras Civiles, Interiores u otras.** Ello se puede resumir en el siguiente cuadro:

Cláusula 1.20.67	Obras relevantes para la Cláusula 8.1
<p>Primera Parte:</p> <p><i>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.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obras Civiles, instalación de equipos y tecnología necesarias para la implementación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur.
<p>Segunda Parte:</p> <p><i>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.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obras ICM. ▪ Obras ICA (Obras Civiles, Exteriores) ▪ Otras obras de inversión adicional como Obras Civiles, Obras Interiores u otras.

⁷ Adicionalmente, la Cláusula 9.2 reconoce que la ICA podría haber servido para la “implementación en Sistemas de Información Comunitario (SIC)”. Por tratarse de un sistema o plataforma (y no de bienes físicos) formarían parte de la categoría general de “bienes utilizados” para la prestación de Servicios, contenida en la cláusula 1.20.67.

21. En atención a lo anterior, según la primera y segunda parte de la Cláusula 1.20.67, leída conjuntamente con las Cláusulas 1.20.68 a 1.20.71 y 9.2 del Contrato, las obras de la ICA constituyen "Obras" para los fines de la Cláusula 8.1 y, por tanto, deben ser recuperadas en la explotación de la concesión.
22. Siendo que, según el marco legal aplicable⁸, los Contratos deben ser interpretados según lo que se haya expresado en ellos y de buena fe, señalar que las obras de la ICA no constituyen "Obras" y no se deben recuperar al amparo de la Cláusula 8.1 resultaría contrario a dicho marco legal. **No existe en el texto contractual sustento alguno para negar que las obras que fueron resultado de la ICA califican como "Obras" y, por tanto, se encuentran comprendidas en el derecho de recuperación de inversiones del Concesionario, previsto en la Cláusula 8.1.**

- **De la Cláusula 8.1 y la ICA**

23. Para determinar el alcance de la Cláusula 8.1 no solo resulta necesario interpretar el concepto de "Obras", también corresponde revisar integralmente el Contrato y analizar el sentido y objetivo de la cláusula. Es decir, corresponde revisar el texto de la Sección IX del Contrato, el de las Cláusulas 15.3 a 15.5 y aplicar el método lógico de interpretación que busca identificar el espíritu de lo pactado.
24. Como hemos visto, la Cláusula 8.1 establece que el derecho de explotación de la concesión constituye un derecho a favor del Concesionario en la medida en que es el mecanismo a través del cual recupera sus inversiones. En ese sentido, por disposición expresa del Contrato, la prestación de servicios en el TMS y el cobro de tarifas es el vehículo a través del cual DPW debe recuperar todas las inversiones que hubiera realizado.
25. El espíritu de la Cláusula 8.1 es entonces el de reconocer el derecho del Concesionario a recuperar sus inversiones a través de la explotación de la concesión. Es un derecho que le ha sido otorgado y reconocido por el Estado Peruano.
26. Siendo ello así, correspondería identificar sistemáticamente cuáles son las cláusulas en las que se encuentra desarrollado el compromiso de inversión del Concesionario. De una revisión integral del Contrato es posible observar que, además de las cláusulas vinculadas a la inversión de construcción e implementación del TMS, entre otras, la Sección IX del Contrato se refiere a la Inversión Complementaria Adicional (ICA).
27. A pesar de las distintas justificaciones que se han desarrollado durante el procedimiento ("*que no es obra*", "*que no es ejecutada por el Concesionario*", "*que es un arbitrio*"), lo primero que surge de revisar la Cláusula 9.2 del Contrato de la Sección IX del Contrato es que la ICA es la "Inversión Complementaria Adicional", que está "*destinada a la ejecución de las inversiones*" listadas en dicha cláusula y que será utilizada para "*inversiones en el Puerto del Callao*".
28. Específicamente, las Cláusulas 9.1 y 9.2 de la Sección IX del Contrato señalan:

"SECCIÓN IX: INVERSIÓN COMPLEMENTARIA ADICIONAL

*9.1 El monto de la **Inversión** Complementaria Adicional a que hace mención la Cláusula 1.20.59 b. del Contrato de Concesión deberá ser transferido por el CONCESIONARIO, en dominio fiduciario, a un patrimonio fideicometido creado exclusivamente para administrar la **Inversión** Complementaria Adicional de modo que ésta sea destinada para la ejecución de las **inversiones***

⁸ Código Civil.- Artículo 168º.- "*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*".

que se mencionan en la Cláusula 9.2 siguiente. Para estos efectos, se incluye en el Anexo 18 el contenido mínimo del contrato de fideicomiso.

9.2 En aplicación de lo indicado en la Cláusula precedente, el monto de la **Inversión Complementaria Adicional**, transferido en dominio fiduciario, deberá ser utilizado en primer lugar para cubrir los costos de administración y mantenimiento del patrimonio fideicometido, incluyendo pero no limitándose al pago de tributos vinculados al patrimonio fideicometido, los gastos en que incurra el fiduciario vinculados al patrimonio fideicometido (incluyendo los gastos de supervisión que el fiduciario pueda contratar) y la retribución del fiduciario. En segundo lugar, el monto de la **Inversión Complementaria Adicional**, transferido en dominio fiduciario, deberá ser utilizado para **inversiones** en el Puerto del Callao, en los ítems que se mencionan a continuación, según la prioridad que para dicho efecto establezca la APN y de acuerdo a los mecanismos que deberán establecerse en el respectivo contrato de fideicomiso:

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

(...)”.

[Énfasis y resaltados agregados]

29. Nada en el texto de la Cláusula citada indica que la ICA es un mero pago o algo distinto a una inversión. Su texto es bastante claro al calificar a la ICA como una inversión para la ejecución de obras en el Terminal Portuario del Callao (“TPC”).
30. La forma a través de la cual se ejecuta la ICA (un fideicomiso) no debería ser suficiente para negar la calificación que las partes le dieron al llamarla inversión. Dicho de otro modo, negar que es una inversión solo por la forma en la que se ejecuta implicaría un desconocimiento absoluto de lo pactado en el Contrato. Las Partes (el Estado Peruano y DPW) decidieron llamar a la ICA inversión y establecieron que la misma sería aportada a un fideicomiso para la ejecución de obras listadas en el Contrato, las cuales serían priorizadas por la APN según las necesidades del TPC.
31. Además, más allá de la forma que tomen, aplicando el método literal de interpretación, es posible identificar que una inversión es una *“cantidad de capital que se emplea en negocios o en la adquisición de bienes de distinto tipo con el fin de obtener beneficios”*⁹. La ICA fue, por tanto, aportada por DPW como una inversión con el fin de recuperarla a través de la prestación de servicios en el TMS. Y ello fue reconocido en el Contrato cuando en la Cláusula 8.1 se le otorgó el derecho a recuperar sus inversiones sin limitación alguna.
32. De otro lado, a partir de una interpretación sistemática de la Cláusula 8.1 con las Cláusulas 15.3 y siguientes es posible ratificar que la ICA se debe recuperar durante la explotación de la concesión.
33. En efecto, 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**

⁹ “Inversión

(Del lat. *inversio*, -onis)

1 s. f. Acción y resultado de invertir la posición, el sentido, la dirección o el orden de una cosa.

EJEMPLO: la inversión de la avioneta es una acrobacia espectacular.

2 ECONOMÍA. Cantidad de capital que se emplea en negocios o en la adquisición de bienes de distinto tipo con el fin de obtener beneficios”. [En: <https://www.diccionarios.com/diccionario/espanol/inversi%C3%B3n>]

reconocida como una inversión recuperable frente a cualquier supuesto de caducidad de la concesión.

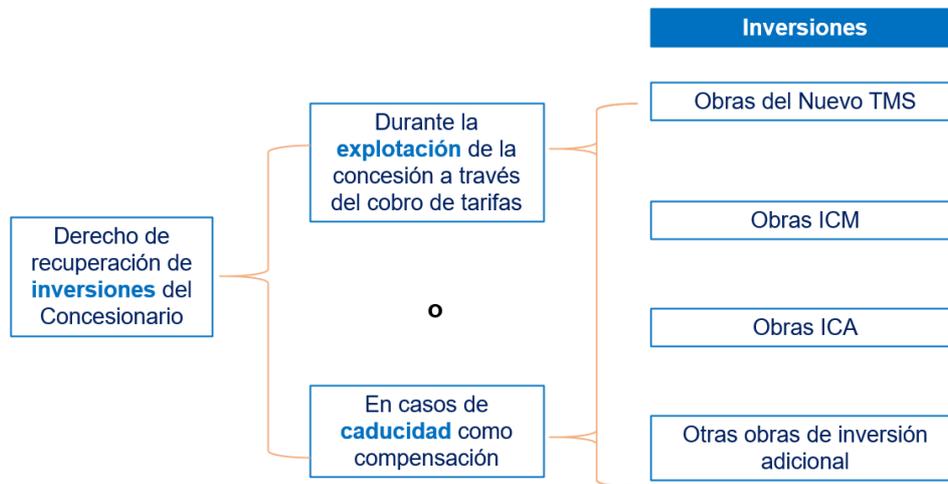
34. En efecto, el Contrato reconoce que, producida la caducidad por incumplimiento, el Concesionario tiene derecho a recibir una indemnización que reconoce a su favor un monto por aquellas inversiones (dentro de las que se encuentra la ICA) que le falten recuperar hasta la fecha de caducidad. Es decir, **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.
35. 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).
36. 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.
37. Luego, en la Cláusula 15.5 del Contrato se regula el procedimiento para definir el PMA en caso la caducidad 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"*.
38. 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. **Como lo señaló Proinversión durante el proceso de promoción de la inversión privada, el principio que subyace a este esquema es el de recupero de la inversión**¹⁰.
39. Como lo hemos mencionado anteriormente, 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 recupero 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"*¹¹.
40. En ese sentido, el derecho de explotación de la concesión y el derecho a recuperar la ICA en casos de caducidad a través del PMA constituyen las dos caras de una misma moneda. El principio que subyace a ambos derechos contractuales es el de recupero de las inversiones del Concesionario. En el caso de

¹⁰ Ello fue expresamente reconocido durante el proceso de promoción de la inversión privada a través del Informe No. 017-2006/JS-CI, presentado mediante comunicación del 9 de noviembre de 2020, emitido en relación con el proyecto de contrato final del TMS. Según dicho informe, 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 recupero económico de la inversión"* que el propio Estado consideró durante la evaluación del concurso.

¹¹ *Ibíd.*

la explotación, la Cláusula 8.1 del Contrato lo reconoce expresamente al señalar que el cobro de tarifas es el mecanismo por el cual el Concesionario recupera sus inversiones. En el caso de la caducidad, las fórmulas de cálculo del PMA y los antecedentes del Contrato reconocen que la ICA se rige bajo el principio de recupero de inversiones.

41. Lo anterior se puede observar en el siguiente gráfico que muestra que ya sea en explotación o en caducidad, las inversiones que se le deben reconocer al Concesionario son todas aquellas que hubiera efectuado, sin distinción ni exclusión alguna:



42. Siendo ello así, aceptar que la ICA sólo se recupera en casos de caducidad, pero no para efectos de la explotación del Contrato resultaría contradictorio y no se ajustaría al método lógico de interpretación que debe ser observado por OSITRAN. Ello, además iría en contra del marco legal que exige que los contratos se interpreten "(...) de acuerdo a lo que se haya expresado en [ellos] y según el principio de buena fe"¹².
43. De la revisión del texto mismo del Contrato de Concesión y de sus antecedentes queda claro el tratamiento que las partes acordaron dar a la ICA. No fue la de un "regalo" o un aporte no recuperable al Estado. Las Partes acordaron darle la categoría de una **inversión recuperable a través de la explotación de la Concesión**, esto es, a través de las tarifas cobradas por el Concesionario durante el transcurso de la concesión. No existe ninguna indefinición o vacío en el texto del Contrato de Concesión. Por ello, la ICA debe ser reconocida como una inversión adicional recogida en la Cláusula 8.19 para efectos del cálculo del Factor de Productividad aplicable al período 2020-2025.
44. Cabe señalar que si las partes hubieran querido excluir la recuperación de la ICA a través de la explotación de la concesión por tratarse de inversiones que no son ejecutadas directamente por el Concesionario, lo hubieran establecido así en el Contrato. Sin embargo, no existe ninguna disposición en el Contrato ni en sus antecedentes que permita afirmar que la voluntad de las Partes fue que la ICA no debía ser recuperada. Por el contrario, todo en el Contrato indica que la ICA es una inversión recuperable y que ha sido ejecutada para la realización de obras en beneficio de la Concesión.
45. En consecuencia y siguiendo lo establecido en el artículo 1361° del Código Civil¹³, de no reconocerse que la ICA es una inversión recuperable en los términos del Contrato, corresponderá al OSITRAN

¹² Código Civil.- Artículo 168°.- "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

¹³ Código Civil.- Artículo 1361.- "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. **Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla**". [Énfasis agregado]

acreditar fehacientemente porqué la Inversión Complementaria Adicional no sería una inversión como su nombre lo indica, porqué las obras que se ejecutan con dicha inversión tampoco serían obras y cuál es el sustento contractual para excluir su reconocimiento del cálculo del Factor de Productividad cuando nada en el Contrato indica que ello debe ser así.

Solicitamos al Consejo Directivo del OSITRAN se sirva tomar en cuenta lo anteriormente señalado, así como todos los argumentos y el sustento que han sido presentados por DPW hasta el momento en defensa de su derecho contractual de recuperación de inversiones.

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

Atentamente,



Francisco Roman Ortiz
Apoderado