



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0012 -2021-CD-OSITRAN



Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/03/2021
08:29:07 -0500

Lima, 15 de marzo de 2021

VISTOS:

El recurso de reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN; el Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que es misión del Ositrán regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura de transporte de uso público;

Que, por su parte, el literal b) del numeral 7.1 del artículo 7 de la precitada Ley, atribuye al Ositrán la función reguladora, y en tal virtud, la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye la infraestructura portuaria de uso público;

Que, el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (LMOR), aprobada por la Ley N° 27332, establece que la función reguladora de los Organismos Reguladores comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito;

Que, el artículo 2 del Reglamento de la LMOR, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PCM y sus modificatorias, así como el artículo 17 del Reglamento General del Ositrán (REGO), aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, establecen que la función reguladora será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador;

Que, el citado artículo 17 del REGO, a su vez, señala que el Consejo Directivo sustenta sus decisiones en los informes técnicos que emite la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, encargada de conducir e instruir los procedimientos tarifarios; y, la Gerencia de Asesoría Jurídica, que tiene a su cargo la evaluación de los aspectos jurídicos relacionados al procedimiento tarifario;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias se aprobó el Reglamento General de Tarifas del Ositrán (RETA), el cual establece la metodología, reglas, principios y procedimientos que aplicará Ositrán cuando fije, revise o desregule las tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, ya sea que el procedimiento se inicie de oficio o a pedido de parte;

Que, el artículo 24 del RETA señala que cuando las Entidades Prestadoras cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimientos para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por los servicios derivados que presten de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, por lo estipulado en el RETA, salvo que dicho Contrato contenga normas específicas diferentes;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/03/2021 18:53:40 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/03/2021 18:31:11 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/03/2021 17:36:35 -0500



Que, el 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú (en adelante, el Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN), y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, el 11 de marzo de 2010, el Contrato de Concesión fue modificado por la Adenda N° 1, a través de la cual se incorporaron las definiciones de Obras Mayores y Obras Menores como una subclasificación dentro de la definición de Obras enunciada en el numeral 1.20.67, se modificó la Cláusula 6.6, se incorporó un segundo párrafo a la Cláusula 15.6 y se modificó el numeral 2.3.3 del Anexo 9 del mencionado Contrato de Concesión;

Que, el 28 de septiembre de 2015, en el marco de la primera revisión tarifaria del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, Terminal Muelle Sur o TMS), mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN, se aprobó el factor de productividad de 4,14% aplicable a las tarifas tope o máximas del Terminal Muelle Sur, correspondiente al periodo 2015 – 2020;

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 007-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), este Regulador dispuso el inicio del procedimiento de revisión tarifaria de oficio para la determinación del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios estándar brindados en el Terminal Muelle Sur, durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2020 al 17 de agosto de 2025;

Que, el 07 de julio de 2020, el Concesionario remitió a este Organismo Regulador su propuesta tarifaria mediante Carta N° DALC.DPWC.138.2020. Adicionalmente, en esa oportunidad, el Concesionario solicitó al Ositrán que, en aplicación del artículo 20.2 del RETA se establezcan tarifas provisionales para los Servicios Estándar que se brindan en el TMS, proponiendo que, a partir del 18 de agosto del 2020, se actualicen las tarifas vigentes en función al RPI de los últimos doce (12) meses, y se mantengan vigentes hasta que culmine el procedimiento de revisión tarifaria;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0043-2020-CD-OSITRAN de fecha 15 de agosto de 2020, sustentada en el Informe Conjunto N° 00093-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), en aplicación del artículo 20.2 del RETA, se fijaron tarifas provisionales para los Servicios Estándar brindados por el Concesionario en el Terminal Muelle Sur, estableciéndose en valores iguales a aquellos vigentes hasta esa fecha, debiendo ser aplicadas desde el 18 de agosto de 2020 hasta la aprobación del factor de productividad definitivo;

Que, el 08 de octubre de 2020, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0053-2020-CD-OSITRAN el Consejo Directivo del Ositrán dispuso, entre otros, aprobar el Informe “Propuesta: Revisión de oficio del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao” (en adelante, la Propuesta Tarifaria el Ositrán) y disponer su publicación a efectos de recibir comentarios por parte de los interesados, estableciéndose un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de dichos comentarios;

Que, el 30 de octubre de 2020 se llevó a cabo la presentación de la Propuesta Tarifaria del Ositrán ante el Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional, durante la Sesión Extraordinaria Virtual N° 61; y, el 05 de noviembre de 2020, se celebró la audiencia pública, en atención a lo dispuesto por el artículo 44 del RETA;



Que, con fecha del 09 de noviembre del 2020, se recibieron comentarios a la propuesta tarifaria del Ositrán por parte del Concesionario, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional (Conudfi), Apoyo Consultoría, y la ciudadana María Méndez Vega;

Que, luego de evaluar los comentarios recibidos, mediante el Memorando N° 0182-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 30 de noviembre de 2020, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025” -que incluye la matriz de evaluación de los comentarios recibidos por parte de los interesados-, así como el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán;

Que, en la misma fecha -30 de noviembre de 2020- el Concesionario presentó la Carta N° DALC.DPWC.285.2020, a través de la cual ampliaron los argumentos que expusieron ante el Consejo Directivo del Ositrán en el uso de la palabra efectuado el 18 de noviembre de 2020;

Que, considerando el escrito mencionado en el párrafo anterior, mediante Memorando Circular N° 132-2020-GG-OSITRAN de fecha 01 de diciembre de 2020, el Gerente General dispuso que, en virtud del artículo 60 del RETA, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán realicen actuaciones complementarias, con la finalidad de recabar todos los elementos de juicio que sean necesarios a fin de que, en su oportunidad, el Consejo Directivo del Ositrán emita su decisión final en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria;

Que, mediante Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 16 de diciembre de 2020, se remitió a la Gerencia General el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025”, así como el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán. Cabe señalar que, el informe antes mencionado incluye las actuaciones complementarias solicitadas por la Gerencia General;

Que, en la Sesión del Consejo Directivo realizada el 6 de enero de 2021, dicho órgano consideró que se debe incorporar en el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025”, remitido a la Gerencia General mediante Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN, los escritos presentados por DPWC y la APN el 5 y 6 de enero de 2021, respectivamente. Estos últimos escritos fueron presentados en atención a los requerimientos efectuados a través de los Oficios N° 00144-2020-GRE-OSITRAN y N° 00145-2020-GRE-OSITRAN en cumplimiento del Pedido N° 0001-721-CD-OSITRAN realizado por la presidenta del Consejo Directivo del Ositrán;

Que, mediante Memorando N° 004-2021-GRE-OSITRAN de fecha 7 de enero de 2021, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025” (en adelante, el Informe Final) en el cual se incorporan los escritos presentados por DPWC y la APN indicados en el párrafo anterior, el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán;



Que, a través de Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN de fecha 8 de enero de 2021, el Consejo Directivo en mayoría aprobó, en mayoría, el factor de productividad aplicable a los Servicios Estándar en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, ascendente a -2,66% (menos dos y 66/100 puntos porcentuales), vigente hasta el 17 de agosto de 2025. El Informe Final indicado en el párrafo anterior sustenta y forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN;

Que, el 13 de enero de 2021, mediante Oficio N° 0003-2021-SCD-OSITRAN la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán notificó al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN;

Que, el 02 de febrero de 2021, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración parcial contra la decisión adoptada en mayoría por el Consejo Directivo del Ositrán a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN. Adicionalmente, solicitó que el Consejo Directivo le conceda el uso de la palabra;

Que, el 03 de marzo de 2021, el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán;

Que, mediante el Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán analizaron los argumentos esgrimidos en el recurso de reconsideración interpuesto por el Concesionario, concluyendo que debe declararse infundado por las consideraciones expuestas en el mencionado informe;

Que, luego de evaluar y deliberar, el Consejo Directivo del Ositrán manifiesta, en mayoría, su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en todos sus extremos, constituyéndolo como parte integrante de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto 729 Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento General del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, así como en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N° 729-2021-CD-OSITRAN, de fecha 11 de marzo de 2021;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN, de conformidad con las consideraciones contenidas en el Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el mismo que constituye parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2°.- CONFIRMAR las disposiciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2021-CD-OSITRAN.

Artículo 3°.- Dar por agotada la vía administrativa, de conformidad con el artículo 228 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 4°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) a DP World Callao S.R.L. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano y su difusión en el portal institucional (www.gob.pe/ositran). Asimismo, disponer la difusión del Informe Conjunto N° 00034-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en el portal institucional (www.gob.pe/ositran).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2021023637

INFORME CONJUNTO N° 00034-2021-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L contra la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN
Artículo 73 del Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado por Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias

Fecha : 11 de marzo de 2021

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021
16:49:06 -0500

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021
18:40:04 -0500

I. OBJETO

1. Emitir opinión sobre el recurso de reconsideración parcial interpuesto por DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN que aprobó el factor de productividad aplicable a los Servicios Estándar en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, ascendente a -2,66% (menos dos y 66/100 puntos porcentuales), vigente hasta el 17 de agosto de 2025.

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú (en adelante, el Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN), y DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 11 de marzo de 2010, el Contrato de Concesión fue modificado por la Adenda N° 1, a través de la cual se incorporaron las definiciones de Obras Mayores y Obras Menores como una subclasificación dentro de la definición de Obras enunciada en el numeral 1.20.67, se modificó la Cláusula 6.6, se incorporó un segundo párrafo a la Cláusula 15.6 y se modificó el numeral 2.3.3 del Anexo 9 del mencionado Contrato de Concesión.
4. El 28 de septiembre de 2015, en el marco de la primera revisión tarifaria del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, Terminal Muelle Sur o TMS), mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN¹, el Ositrán aprobó el factor de productividad de 4,14% aplicable a las tarifas tope o máximas del Terminal Muelle Sur, correspondiente al periodo 2015 – 2020².
5. El 22 de enero de 2020, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN³, el Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los siguientes servicios brindados en el Terminal

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Juan FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021 17:46:56 -0500

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021 16:28:10 -0500

¹ Publicada el 30 de septiembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

² El 23 de octubre de 2015, DPWC interpuso recurso de reconsideración contra la mencionada Resolución de Consejo Directivo N° 059-2015-CD-OSITRAN. Al respecto, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 072-2015-CD-OSITRAN, el Ositrán declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario; decisión que le fue comunicada a través del Oficio Circular N° 059-15-SCD-OSITRAN del 9 de diciembre de 2015.

Visado por: CALDAS CABRERA
Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021 16:25:05 -0500

³ Mediante Oficio N° 0015-2020-SCD-OSITRAN se notificó al Concesionario la citada resolución, conjuntamente con el Informe Conjunto N° 0007-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) que la sustenta.

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/03/2021 16:17:53 -0500

Muelle Sur, durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2020 al 17 de agosto de 2025:

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE**
 - Por Metro de Eslora – Hora (o fracción de hora)

- **SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA**
 - Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
 - Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 20 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 40 pies

- **TARIFAS DE TRANSBORDO**
 - Tarifa por contenedor con carga de 20 pies
 - Tarifa por contenedor con carga de 40 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 20 pies
 - Tarifa por contenedor vacío de 40 pies

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

6. El 07 de julio de 2020, mediante Carta DALC.DPWC.138.2020, el Concesionario presentó su propuesta tarifaria⁴.
7. El 08 de octubre de 2020, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0053-2020-CD-OSITRAN, se aprobó el Informe “Propuesta: Revisión de oficio del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao” (en adelante, la Propuesta Tarifaria el Ositrán). Asimismo, mediante la mencionada resolución, el Consejo Directivo del Ositrán ordenó la publicación de la citada resolución, el proyecto de resolución de revisión tarifaria, la exposición de motivos y la relación de documentos que sustentan la propuesta tarifaria, en el Diario Oficial El Peruano en el Diario Oficial El Peruano⁵, así como también ordenó publicar en el portal institucional del Ositrán, la Propuesta Tarifaria del Ositrán.
8. Además, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0053-2020-CD-OSITRAN se otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles para que los interesados puedan formular sus comentarios sobre a la Propuesta Tarifaria del Ositrán, y encargó a la Gerencia de Atención al Usuario del Ositrán realizar la convocatoria de la audiencia pública para que el Regulador exponga la referida propuesta, de conformidad con los artículos 43 y 48 del RETA.
9. El 30 de octubre de 2020, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 52 del RETA, se llevó a cabo la presentación de la Propuesta Tarifaria del Ositrán ante el Consejo de Usuarios de Puertos de alcance nacional, durante la Sesión Extraordinaria Virtual N° 61, a través de la plataforma Microsoft Teams.
10. El 05 de noviembre de 2020 se celebró la audiencia pública con el fin de presentar la Propuesta Tarifaria del Ositrán, a través de la plataforma Microsoft Teams.
11. El 09 de noviembre de 2020, mediante Carta DALC.DPWC.269.2020, DPWC presentó sus comentarios sobre la Propuesta Tarifaria del Ositrán. De igual forma, en la misma fecha, se recibieron comentarios por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

⁴ Asimismo, solicitó que se establezcan tarifas provisionales para los Servicios Estándar del Terminal Muelle Sur, proponiendo que, a partir del 18 de agosto del 2020, se actualicen las tarifas vigentes en función al RPI de los últimos doce (12) meses, las mismas que deberían mantenerse vigentes hasta que culmine el procedimiento de revisión tarifaria en curso.

Al respecto, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0043-2020-CD-OSITRAN de fecha 15 de agosto de 2020⁴, sustentada en el Informe Conjunto N° 00093-2020-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) se establecieron tarifas provisionales para los servicios estándar brindados por el Concesionario en el Terminal Muelle Sur, estableciéndose valores iguales a aquellos que se encontraban vigentes a esa fecha. Las tarifas provisionales se aplicaron a partir del 18 de agosto de 2020 hasta el 6 de febrero de 2021.

⁵ El 12 de octubre de 2020, se realizó la publicación en el Diario Oficial El Peruano los documentos indicados en la Resolución de Consejo Directivo N° 0053-2020-CD-OSITRAN.

Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)⁶, Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional (Conudfi)⁷ la empresa consultora Apoyo Consultoría⁸ y de la ciudadana María Méndez Vega⁹.

12. El 18 de noviembre de 2020, el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo del Ositrán a través de la plataforma Microsoft Teams.
13. Mediante Memorando N° 0182-2020-GRE-OSITRAN de fecha 30 de noviembre de 2020, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025” -que incluye la matriz de evaluación de los comentarios recibidos por parte de los interesados-, así como el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán.
14. En la misma fecha -30 de noviembre de 2020- el Concesionario presentó la Carta N° DALC.DPWC.285.2020, a través de la cual amplía los argumentos que expuso ante el Consejo Directivo del Ositrán en el uso de la palabra efectuado el 18 de noviembre de 2020.
15. Considerando el escrito mencionado en el párrafo anterior, mediante Memorando Circular N° 132-2020-GG-OSITRAN de fecha 01 de diciembre de 2020, el Gerente General dispuso que, en virtud del artículo 60 del RETA, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán realicen actuaciones complementarias, con la finalidad de recabar todos los elementos de juicio que sean necesarios a fin de que, en su oportunidad, el Consejo Directivo del Ositrán emita su decisión final en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria.
16. Mediante Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN, de fecha 16 de diciembre de 2020, se remitió a la Gerencia General el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025”, incluyendo las actuaciones complementarias solicitadas por la Gerencia General, así como el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán.
17. A través del Memorando N° 0085-2020-PD-OSITRAN de fecha 28 de diciembre de 2020, la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán formuló diversas consultas a la Gerencia de Asesoría Jurídica relacionadas con el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025” remitido a la Gerencia General mediante el Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN indicado en el párrafo previo.
18. Mediante Memorando N° 0144-2020-SCD-OSITRAN de fecha 29 de diciembre de 2020, la Secretaría de Consejo Directivo informó a la Gerencia General que, en la Sesión Extraordinaria N° 721-2020-CD-OSITRAN llevada a cabo en la fecha antes indicada, a través del Pedido N° 0001-721-CD-OSITRAN, la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán solicitó que la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica requieran al Concesionario y a la APN, lo siguiente:
 - (i) A DPWC, que indique y acredite cómo en el marco de su Contrato de Concesión, utiliza las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la Inversión Complementaria Adicional (ICA) para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión.

⁶ Mediante Oficio 085-2020/ST-CLC-INDECOPI.

⁷ Mediante Carta CONUDFI 093-2020/P.

⁸ Mediante correo electrónico del 09 de noviembre de 2020.

⁹ Mediante correo electrónico del 09 de noviembre de 2020.

- (ii) A la APN, informar sobre si DPWC utiliza las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la ICA para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, bajos los términos del Contrato de Concesión.
19. En cumplimiento de dicho pedido formulado por la Presidenta del Consejo Directivo, mediante Oficio N° 00144-2020-GRE-OSITRAN y Oficio N° 00145-2020-GRE-OSITRAN, ambos de fecha 30 de diciembre de 2020, se solicitó a DPWC y a la APN que remitan la información señalada en los puntos (i) y (ii) señalados en el párrafo anterior, respectivamente, otorgándose para tal efecto un plazo máximo de dos (02) días hábiles.
20. A través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN, de fecha 5 de enero de 2021, la Gerencia de Asesoría del Ositrán dio respuesta a las consultas que formuló la Presidenta del Consejo Directivo mediante el Memorando N° 0085-2020-PD-OSITRAN, relacionadas con el Informe "Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025" remitido a la Gerencia General mediante el Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN.
21. En dicha oportunidad, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán señaló que el informe antes indicado fue emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Jurídica dentro del procedimiento de revisión tarifaria de DPWC, siguiendo el trámite correspondiente de conformidad con lo previsto en el RETA. En tal sentido, las respuestas que se brindan a través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN se enmarcan en el 17, inciso 2 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán (en adelante, ROF del Ositrán) que prescribe como una de las funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica el "asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del Ositrán, según corresponda".
22. Mediante Carta N° DALC.DPWC.314.2020, recibida el 5 de enero de 2021, DPWC dio respuesta al requerimiento realizado a través del Oficio N° 00144-2020-GRE-OSITRAN. La referida carta fue puesta en conocimiento de la Secretaría de Consejo Directivo a través del Memorando Conjunto N° 002-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ) del 5 de enero de 2021.
23. A través del Oficio N° 0012-2021-APN-GG, recibido el 6 de enero de 2021, la APN dio respuesta al requerimiento realizado mediante el Oficio N° 00145-2020-GRE-OSITRAN. En la misma fecha, el mencionado oficio fue remitido a la Secretaría de Consejo Directivo a través del Memorando Conjunto N° 003-2021-MC-OSITRAN (GRE-GAJ).
24. En la Sesión del Consejo Directivo realizada el 6 de enero de 2021, dicho órgano consideró que se debía incorporar en el Informe "Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025", remitido a la Gerencia General mediante Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN, los escritos presentados por DPWC y la APN el 5 y 6 de enero de 2021, respectivamente.
25. Mediante Memorando N° 004-2021-GRE-OSITRAN de fecha 7 de enero de 2021, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General Informe "Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025" (en adelante, el Informe Final) en el cual se incorporan los escritos presentados por DPWC y la APN indicados en el párrafo anterior, el proyecto de resolución tarifaria correspondiente y su exposición de motivos, elaborados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con la participación de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán.
26. A través de Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN de fecha 8 de enero de 2021¹⁰, el Consejo Directivo aprobó en mayoría el factor de productividad aplicable a los Servicios Estándar en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, ascendente a -2,66%

¹⁰ Publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de enero de 2021.

(menos dos y 66/100 puntos porcentuales), vigente hasta el 17 de agosto de 2025. El Informe Final indicado en el párrafo anterior sustenta y forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN.

27. Mediante Oficio N° 0003-2021-SCD-OSITRAN la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán notificó al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN¹¹.
28. El 2 de febrero de 2021, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración parcial contra la decisión adoptada en mayoría por el Consejo Directivo del Ositrán a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN. En esa oportunidad, el Concesionario solicitó al Consejo Directivo le conceda el uso de la palabra.
29. Mediante Oficio N° 0029-2021-SCD-OSITRAN de fecha 24 de febrero de 2021, la Secretaría del Consejo Directivo comunicó al Concesionario que se le concede el uso de la palabra para el día 3 de marzo de 2021.
30. En la Sesión del Consejo Directivo llevada a cabo el 3 de marzo de 2021, el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo.
31. En la Sesión de Consejo Directivo realizada al 11 de marzo de 2021, se consideró necesario hacer unas precisiones de forma en el Informe Conjunto N° 00033-2021-IC-OSITRAN, emitido el 9 de marzo de 2021, a través del cual la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica emiten opinión sobre el recurso de reconsideración interpuesto por DPWC. Dichas precisiones de forma se encuentran recogidas en el presente documento.

III. ANÁLISIS

III.1. Análisis de admisibilidad y procedencia

32. Respecto a la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de los recursos, el Capítulo II del Título III del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), contempla los recursos administrativos que pueden interponer los administrados contra los distintos actos administrativos que dicten las entidades de la Administración Pública, como es el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN.
33. Ahora bien, en cuanto a los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso, es necesario considerar que el artículo 218 del TUO de la LPAG, señala que los recursos administrativos son los siguientes: a) Recurso de reconsideración y b) Recurso de apelación. Dicho artículo establece, además, que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.
34. Por su parte, el artículo 219 del TUO de la LPAG señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Dicha norma precisa, además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.
35. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos, es necesario analizar los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, según las normas antes mencionadas:
 - a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.
 - b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.

¹¹ Asimismo, mediante Oficio N° 0004-2021-SCD-OSITRAN la Secretaría de Consejo Directivo notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- d) Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG.
36. En este sentido, a continuación, se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el recurso de reconsideración interpuesto por DPWC contra la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN:
- DPWC interpuso su recurso de reconsideración ante el mismo órgano que emitió dicha resolución. Por tanto, dado que la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor, se entiende cumplido el primer requisito.
 - El Consejo Directivo del Ositrán, como órgano de dirección máximo del Regulador, ejerce de manera exclusiva la función reguladora, la cual comprende fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación. En consecuencia, contra la resolución emitida por el Consejo Directivo del Ositrán únicamente procede interponer el recurso de reconsideración, sin necesidad que se sustente en nueva prueba, con el fin que el mismo órgano la revise y vuelva a pronunciarse. En consecuencia, el segundo requisito también se ha cumplido en la interposición del recurso de reconsideración.
 - Conforme lo establece el numeral 144.1 del artículo 144 del TUO LPAG, el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto. Por ello, atendiendo a que DPWC tomó conocimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN, el 13 de enero de 2021, su plazo de quince (15) días hábiles para la interposición del recurso de reconsideración vence el 3 de febrero de 2021, verificándose que en efecto se presentó el recurso dentro del referido plazo, por lo que se ha cumplido el tercer requisito antes mencionado.
 - Asimismo, se verifica que el recurso de reconsideración interpuesto por DPWC consigna los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG, por lo que el cuarto requisito ha sido cumplido.
37. En conclusión, debe considerarse que el recurso administrativo interpuesto por DPWC ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en el TUO de la LPAG.

III.2. Análisis de las materias controvertidas

III.2.1. Sobre la supuesta interpretación contractual efectuada en la resolución impugnada

38. De acuerdo con lo señalado por DPWC, la resolución impugnada reflejaría que existe un problema de interpretación del Contrato de Concesión. Ello, pues por un lado el Concesionario sostiene que el Contrato de Concesión es claro en referirse a la ICA como parte de las inversiones y, además, no hay nada en su texto que indique que la ICA deba ser excluida del cálculo del Factor de Productividad; y, por otro lado, según la resolución impugnada, no hay nada en el Contrato de Concesión que indique que la ICA debe ser considerada dentro de dicho cálculo.
39. Sobre este punto, el Concesionario hace referencia al Voto en Discordia en el cual -en línea con lo señalado en el recurso de reconsideración de DPWC- se indica que la ICA debe ser incorporada en el cálculo del factor de productividad debido a que es una inversión y debe ser tratada como tal; y, por el contrario, nada en el Contrato de Concesión indica *“expresamente y de modo concluyente”* que la ICA deba ser considerada como un aporte o retribución¹².

¹² Al respecto, el Concesionario cita el siguiente texto del mencionado Voto en Discordia:

“13. Que en aplicación del Artículo 1361 del Código Civil, norma de aplicación supletoria, deben respetarse los acuerdos entre las partes, en cuanto a lo que se haya expresado en ellos y quien niegue esa coincidencia debe probarla, advirtiéndose en este sentido que no se identifican cláusulas en el Contrato de Concesión que permitan determinar expresamente

40. En relación a este punto, DPWC señala que, según el artículo 1361 del Código Civil, “se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”. Sobre esa base, señala que debe entenderse que los términos y disposiciones contenidas en un contrato responden íntegramente a la voluntad común de las partes; y, por tanto, lo que las partes no hubieran incorporado en el texto contractual también responde a su voluntad. Así, alega que, quien pretenda derivar alguna regla para las partes a pesar de que las mismas no expresaron algo explícitamente en su contrato, deberá probar que dicha regla responde a su voluntad común.
41. Asimismo, el Concesionario indica que, en diversos extremos de la resolución impugnada se ha establecido que sería “el texto expresamente plasmado en el Contrato” el que determinaría que la ICA deba ser tratada como un aporte y no como una inversión. Sobre ello, DPWC cita el párrafo del informe en el cual se indica lo siguiente:

“451. De esta forma, de la revisión del texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión, se verifica que el monto transferido por DPWC en dominio fiduciario a un patrimonio fideicomitido en virtud de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión no constituye una inversión del Concesionario”.

42. Respecto a este punto, el Concesionario indica que, en línea con lo señalado en el Voto en Discordia, no existe sustento contractual para excluir la ICA del cálculo del factor de productividad. Así, señala que, a partir de una revisión de las cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 es posible observar que las mismas solo se refieren a la ICA como una inversión destinada a financiar obras para beneficio de los servicios prestados en el TMS, sin que se señale en dichas cláusulas “que la ICA debería tratarse como un mero aporte o retribución sin retorno”. En cuanto a este punto, el Concesionario hace referencia al siguiente extracto del Voto en Discordia:

“4. Que, en ese sentido fue consultada la Gerencia de Asesoría Jurídica, solicitándole indicar en qué cláusula del Contrato de Concesión se encontraría la limitante para no considerar a la ICA como una inversión adicional comprendida en la cláusula 8.19 dado que ésta no establece directamente una restricción. (...)

5. Que, se advierte de la respuesta dada por la Gerencia de Asesoría Jurídica que, a su entender, la limitante para no considerar a la ICA dentro del concepto de inversiones adicionales a que se refiere la cláusula 8.19 estaría en las cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, por lo que es menester analizar el contenido de las mismas a fin de determinar en qué sentido impondrían esta limitación. (...)

8. Que, como ya se ha señalado anteriormente en los numerales 5 y siguientes del apartado II del presente documento, la circunstancia de que el Concesionario no haya ‘desarrollado’ la infraestructura adicional sino haya transferido el dinero a un fideicomiso con el fin que se destine al desarrollo de la infraestructura adicional, no es razón para considerar que no existe una inversión. Siendo ello así, la limitante para considerar que solo podría considerarse como inversiones aquellas construidas o equipadas por el Concesionario debería encontrarse en el propio Contrato de Concesión, sin embargo, dicha cláusula no existe”. (...)

10. Que, conforme a lo indicado hasta aquí, la razón que presenta la Gerencia de Asesoría Jurídica y que coincide con el Informe, en el sentido que la limitante para no considerar a la ICA dentro del concepto de inversiones adicionales de la cláusula 8.19 estaría en las cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 no es una justificación válida”.

[Énfasis agregado]”

43. Asimismo, el Concesionario alega que en la resolución impugnada se asume que la ICA no debe ser incorporada en el cálculo del Factor de Productividad porque el Contrato de Concesión no señala expresamente que se deba incluir. Sobre este punto, hace alusión al siguiente párrafo del informe:

“843. Al respeto, debe indicarse que, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, la exclusión del monto de la ICA del cálculo de Factor de Productividad se encuentra plenamente sustentada en el texto expresamente contemplado en el Contrato de Concesión, tal como se ha explicado en los párrafos previos. Efectivamente, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no ha previsto la incorporación del monto transferido por DPWC bajo la ICA como parte del stock de activos fijos

y de modo concluyente que la ICA sea un aporte o retribución, por el contrario, el Contrato de Concesión es claro al referirse a la ICA como parte de las inversiones”.

para efectos del cálculo del Factor de Productividad; asimismo, de acuerdo con la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, DPWC tiene derecho a recuperar a través de la Explotación su inversión en Obras, siendo que, como se ha explicado previamente, los trabajos ejecutados con el monto de la ICA no califican como inversiones de DPWC en Obras”.

44. Al respecto, DPWC alega que la ICA debe ser considerada en el cálculo del Factor de Productividad porque, más allá de la forma en la que sea ejecutada (a través del desarrollo de una obra o de la entrega de fondos a un fideicomiso), las cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 consideran a la ICA como una inversión adicional del Concesionario; y, porque la Cláusula 8.19 del Contrato establece que para efectos de la determinación del stock de capital se deben considerar a *“las inversiones adicionales netas de su depreciación”*.
45. En cuanto a la Cláusula 8.19, el Concesionario señala que, en el Voto en Discordia se señala que, de acuerdo con lo señalado por la Gerencia de Asesoría Jurídica -a través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN- *“... la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no establece una restricción para que se considere en el cálculo del factor de productividad únicamente aquellas inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.5 a 15.6.”*[sic], lo que resultaría consistente con el objetivo de permitir la recuperación de las inversiones hechas por el Concesionario.
46. Por otra parte, DPWC señala que, como se indica en el Voto en Discordia, *“la limitante para considerar que solo podría considerarse como inversiones aquellas construidas o equipadas por el Concesionario **debería encontrarse en el propio Contrato de Concesión**”*; sin embargo, en la resolución impugnada se ha desarrollado una serie de argumentos para validar una interpretación del Contrato de Concesión que no se ajusta a lo pactado y declarado por las Partes.
47. Así, menciona que, de acuerdo con la interpretación efectuada por el Ositrán, considerando que la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión prevé la recuperación en *“Obras”*, DPWC no tiene derecho a recuperar la ICA. Sobre ello, indica que, durante el procedimiento de revisión tarifaria DPWC hizo notar que la definición de *“Obras”* contenida en la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión incluye *“los bienes a ser utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por el CONCESIONARIO para la operación, Prestación Exclusiva de Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión”*. En ese sentido, el Concesionario señaló que podrían formar parte de las *“Obras”*, bienes que no necesariamente hayan sido construidos por DPWC, en la medida en que sean utilizados para la prestación de servicios en el TMS.
48. Asimismo, DPWC señala que, durante el procedimiento de revisión tarifaria acreditó que el Contrato de Concesión reconoce la existencia de Obras que se encuentran fuera del área de concesión, a través de la Cláusula 1.20.69 del Contrato que se refiere a las Obras Exteriores como aquellas *“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”*. En base a ello, DPWC indica que, *“[c]on base en lo anterior concluimos -interpretando el Contrato- que la definición de “Obras” comprende a los bienes que fueron el resultado de las obras de la ICA, los cuales son **utilizados** por DPW para la prestación de servicios en el TMS a través de sus usuarios. Así como, por ejemplo, DPW pone a disposición de sus usuarios la poza de maniobras y de esa forma hace uso de ella, también pone a disposición de sus clientes el ingreso al terminal a través de la bocana y, por tanto, la utiliza”*.
49. Al respecto, cuestiona que, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la resolución impugnada, no sería determinante que las obras de la ICA califiquen como *“Obras”* para efectos del Contrato de Concesión, ni tampoco que dichas obras se encuentren fuera del área de concesión. Según indica, a juicio del Ositrán, *“aun cuando se tratan de bienes utilizados por el Concesionario”* y aun cuando se reconoce que las Obras Exteriores son *“Obras”* para efectos del Contrato de Concesión, y que DPWC ha acreditado que utiliza los trabajos financiados con la ICA a través de sus usuarios, para el Ositrán lo determinante -según la interpretación contractual que ha realizado, - es que los trabajos ejecutados con cargo a la ICA *“no corresponden a obras ejecutadas por el Concesionario”*, tratándose solo de *“transferencias de recursos económicos”*.
50. DPWC señala que discrepa con dicha supuesta interpretación contractual efectuada en la resolución impugnada. Sobre ello, sostiene que los bienes y trabajos ejecutados con cargo a la

ICA son Obras para efectos del Contrato y DPWC tiene derecho a recuperar dicha inversión. Así, alega que, tal como se ha señalado en el Voto en Discordia, si bien las obras de la ICA no son el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario, *“sí son bienes utilizados por el Concesionario para la operación, por lo que se ajustan al concepto de Obras en los términos contenidos en el Contrato de Concesión”*.

51. Asimismo, DPWC sostiene que, a fin de cubrir la falta de un texto expreso que sustente la exclusión de la ICA, se han desarrollado diversos argumentos e interpretaciones del Contrato de Concesión para sostener que la ICA no debe ser incluida en el cálculo del Factor de Productividad. A juicio de DPWC, existiría un problema de interpretación del Contrato de Concesión, destacando su discrepancia con la interpretación contractual que habría efectuado el Ositrán en la resolución impugnada.
52. Respecto a este punto, el Concesionario señala que en la resolución impugnada *“se ha reiterado -como tratando de negar la naturaleza de interpretación contractual del problema en discusión y de la actividad realizada- que “el Regulador no se encuentra en el marco de un procedimiento de interpretación contractual”, por lo que no correspondería recurrir a los antecedentes del contrato ni aplicar reglas o métodos de interpretación contractual”*. Asimismo, DPWC alega que en la resolución impugnada se ha señalado que, *“en cualquier caso, DPW no ha alegado “la existencia de una cláusula ambigua u oscura que requiera ser objeto de interpretación a efectos de determinar si el monto de la ICA debe ser incorporada o no en el cálculo del factor de productividad”*
53. Sobre ello, DPWC señala que la adopción de una postura sobre cómo se debe leer el Contrato de Concesión en lo que se refiere a la naturaleza y tratamiento de la ICA constituye una interpretación contractual, más allá del marco procesal dentro del cual se tome esa decisión. En esa línea alega que, el hecho de que la posición desarrollada en la resolución impugnada sobre la ICA no se emita en un procedimiento de interpretación contractual no quiere decir que su decisión no implique una interpretación del Contrato de Concesión, o que no tenga efectos contractuales. Así, señala que, en todas las decisiones del Regulador en las que decide aplicar una cláusula contractual privilegiando una lectura del Contrato de Concesión sobre otra, implica que está realizando una labor de interpretación del Contrato de Concesión.
54. A juicio de DPWC, la interpretación que el Ositrán ha realizado en la resolución impugnada sobre la ICA tiene efectos directos sobre la ejecución del Contrato de Concesión y, de ser confirmada, determinará que DPWC no pueda recuperar la ICA con las tarifas que cobre por los próximos cinco años.
55. Como se puede observar, en su recurso de reconsideración ha formulado diversos comentarios relacionados a la supuesta interpretación contractual realizada en la resolución impugnada, los cuales se resumen en los siguientes puntos:
 - (i) En la resolución impugnada se sustenta la exclusión de la ICA considerando lo dispuesto en la Cláusulas 1.20.59, 8.19, 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión. A juicio de DPWC, a partir de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 se observa que la ICA es una inversión destinada a financiar obras para beneficio de los servicios prestados en el TMS, sin que se señale en dichas cláusulas *“que la ICA debería tratarse como un mero aporte o retribución sin retorno”*. Por su parte, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no establece una restricción para que se considere en el cálculo del factor de productividad únicamente aquellas inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9.
 - (ii) En el Informe Final, vía una supuesta interpretación contractual, se habría señalado que los trabajos financiados con los recursos de la ICA (Mejoramiento y ampliación de la Bocana de Entrada al Terminal Portuario del Callao y Mejoramiento de la Avenida Néstor Gambeta – Callao) no califican como Obras en los términos del Contrato de Concesión y, por tanto, no tendría derecho a recuperar el monto transferido por la ICA en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión.
 - (iii) Según el artículo 1361 del Código Civil, *“se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”*. Sobre esa base, señala que debe entenderse que los términos y

disposiciones contenidas en un contrato responden íntegramente a la voluntad común de las partes; y, por tanto, lo que las partes no hubieran incorporado en el texto contractual también responde a su voluntad. Así, alega que, quien pretenda derivar alguna regla para las partes a pesar de que las mismas no expresaron algo explícitamente en su contrato, deberá probar que dicha regla responde a su voluntad común. En esa línea, alega que ningún extremo del Contrato de Concesión señala que la ICA debe ser excluida.

- (iv) A fin de cubrir la falta de un texto expreso en el Contrato de Concesión que sustente la exclusión de la ICA del cálculo del factor de productividad, en el Informe Final se han desarrollado diversas supuestas interpretaciones del Contrato de Concesión para sostener dicha exclusión. El hecho de que la posición desarrollada en dicho informe sobre la ICA no se emita en el marco de un procedimiento de interpretación contractual no quiere decir que su decisión no implique una interpretación del Contrato de Concesión, o que no tenga efectos contractuales. Así, señala que, en todas las decisiones del Regulador en las que decide aplicar una cláusula contractual privilegiando una lectura del Contrato de Concesión sobre otra, implica que está realizando una labor de interpretación del Contrato de Concesión.
- (v) La resolución impugnada reflejaría que existe un problema de interpretación del Contrato de Concesión. Ello, pues por un lado el Concesionario sostiene que el Contrato de Concesión es claro en referirse a la ICA como parte de las inversiones y, además, no hay nada en su texto que indique que la ICA deba ser excluida del cálculo del Factor de Productividad; y, por otro lado, según el Informe Final, no hay nada en el Contrato de Concesión que indique que la ICA debe ser considerada dentro de dicho cálculo.

Posición del Regulador

- 56. En cuanto al **punto (i) precedente**, el Concesionario indica que, a partir de las Cláusulas 1.20.59. 9.1 y 9.2, se observa que la ICA es una inversión destinada a financiar obras para beneficio de los servicios prestados en el TMS, sin que se señale en dichas cláusulas “*que la ICA debería tratarse como un mero aporte o retribución sin retorno*”. Asimismo, alega que, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión no establece una restricción para que se considere en el cálculo del factor de productividad únicamente aquellas inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.5 a 15.6.
- 57. Al respecto, cabe señalar que, en el Informe Final se indicó que el sustento para excluir la ICA del cálculo del factor de productividad se encuentra en el texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión; en particular, en las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión, que define y regulan el tratamiento de la ICA de la manera siguiente:

“1.20.59. Inversión Complementaria:

*Es la obligación que asume el CONCESIONARIO de ejecutar la Inversión complementaria Mínima **y de transferir en dominio fiduciario la Inversión Complementaria Adicional**, de acuerdo a lo dispuesto en el presente Contrato. Los montos correspondientes a la Inversión Complementaria no comprenden el costo del diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur.*

La Inversión Complementaria no eximirá al CONCESIONARIO del cumplimiento de otros pagos, retribuciones o tributos a su cargo que establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables, las presentes Bases, el Contrato de Concesión y en general la legislación peruana.

La Inversión Complementaria se divide en dos partes:

- a. *Inversión Complementaria Mínima (ICM): Es el compromiso de ejecutar las obras comunes mencionadas en el Anexo 9.*
- b. *Inversión Complementaria Adicional (ICA): **Es el monto que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima, fue ofrecido por el Adjudicatario, como componente de su Propuesta Económica. La ICA será transferida en dominio fiduciario** de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Anexo N° 18 del presente Contrato.”*

[Énfasis añadido.]

“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 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 añadido.]

58. Tal como se señaló en el Informe Final, de acuerdo con la definición de “Inversión Complementaria Adicional” pactada por las Partes en la Cláusula 1.20.59 del Contrato de Concesión, la ICA no es otra cosa que la obligación del Concesionario de transferir, en dominio fiduciario, el monto que ofreció como componente de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido. Asimismo, en línea con dicha definición, en las Cláusulas 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión, las Partes estipularon de manera explícita que, en virtud de la denominada “Inversión Complementaria Adicional”, el Concesionario **se obliga a transferir el monto que ofreció como componente de su Propuesta Económica**, en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido, correspondiendo a este último administrar el monto de la ICA y destinarlo, entre otros, a la ejecución de determinados trabajos en el Puerto del Callao -fuera del Área de la Concesión-, en la prioridad que defina la APN.

59. Así, de acuerdo con las cláusulas contractuales antes citadas, bajo la denominada ICA, DPWC únicamente debe transferir en dominio fiduciario el monto que ofreció como componente de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido.

60. Adicionalmente, en la resolución impugnada se tuvo en consideración que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión contempla disposiciones específicas para el cálculo del stock de activos fijos netos, para efectos del cálculo del factor de productividad, tal como se cita a continuación:

“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 considera 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.”*

61. De acuerdo con la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, para propósitos del cálculo del factor de productividad (X), en el caso específico del stock de activos fijos netos debe utilizarse el valor que resulte de sumar los resultados de los siguientes cálculos: (i) la anualidad del valor de la inversión referencial calculada a la tasa de descuento regulatoria; y, (ii) las inversiones

adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero. Al respecto, se señaló que, el valor de la ICA no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en la Cláusula 8.19 antes citada.

62. En efecto, no se encuentra bajo el supuesto (i), pues el valor de la ICA no califica como parte de la inversión referencial establecida en las bases del concurso, toda vez que esta solo considera como tal a los montos necesarios para la implementación e inicio de explotación del Nuevo Terminal de Contenedores y la implementación de las obras desarrolladas por el Concesionario como parte de la Inversión Complementaria Mínima. Asimismo, no se encuentra bajo el supuesto (ii), pues el valor de la ICA no califica como inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9, pues no implica un desarrollo de infraestructura adicional por parte de DPWC; además, la ICA no califica como una inversión de DPWC que tenga derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS.
63. En efecto, en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, la Explotación del TMS es un derecho del Concesionario pues es el mecanismo a través del cual recuperará su inversión en Obras definida en la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión:

“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 añadido.]

“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 añadido.]

64. Así, como se explicó en el Informe Final, la ICA no califica como Obras en los términos señalados en la Cláusula 1.20.67, pues no 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; así como tampoco califica como 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. Ello, toda vez que, en virtud de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, la denominada ICA, no es otra cosa que la transferencia en dominio fiduciario del monto que ofreció DPWC en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido.
65. Por tanto, en cuanto a lo señalado por el Concesionario en su recurso de reconsideración respecto a que en las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 no se señala, en palabras de DPWC, “*que la ICA debería tratarse como un mero aporte o retribución sin retorno*”, debe reiterarse que, de acuerdo con la literalidad de dichas cláusulas, bajo la denominada ICA, DPWC se limita a transferir en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido el monto que ofreció como componente de su Propuesta Económica. Asimismo, en línea con lo antes señalado en los párrafos previos, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el Concesionario no tiene derecho a recuperar la ICA a través de la Explotación del TMS.
66. En su recurso de reconsideración, el Concesionario señala que, tal como se ha indicado en el Voto en Discordia, a partir de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 no se evidencia sustento contractual para excluir la ICA del cálculo del factor de productividad, pues, por el contrario, el Contrato de Concesión sería claro al referirse a la ICA como parte de las inversiones.

67. En este punto, resulta oportuno recordar que, durante el procedimiento de revisión tarifaria, el Concesionario alegó¹³, de manera similar, que no podía desconocerse la calificación que las Partes le dieron a la ICA al denominarla “inversión”. Sobre ello DPWC señalaba que, a partir de la definición que pudo obtener de una fuente pública¹⁴, 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*”. En esa línea sostenía que 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”.
68. En respuesta a dicho comentario, en el Informe Final se señaló que este Regulador no desconoce la denominación que las Partes plasmaron en el Contrato de Concesión “Inversión Complementaria Adicional”; sin embargo, lo que planteaba el Concesionario a través del argumento antes citado, es que recurriendo a la definición del término “inversión” que pudo obtener de una fuente pública, se considerara que la ICA fue aportada por DPWC como una inversión con el fin de recuperarla a través de la prestación de servicios en el TMS; y, se desconozca la regulación que de manera explícita pactaron las Partes respecto a la denominada ICA en las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2.
69. Por tanto, dado que a través de su recurso de reconsideración, el Concesionario ha formulado un argumento similar al que formuló durante el procedimiento de revisión tarifaria, debe reiterarse que, este Regulador no desconoce la denominación que las Partes emplearon en el Contrato de Concesión “Inversión Complementaria Adicional”; sin embargo, no se puede desconocer la regulación de dicho concepto plasmada en la Cláusula 1.20.59, 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión, conforme a las cuales DPWC se limita a transferir en dominio fiduciario del monto que ofertó como parte de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; así como tampoco se puede desconocer que en la Cláusula 8.1 las Partes acordaron explícitamente que a través de la Explotación del TMS el Concesionario recuperará sus inversiones en Obras; siendo que, la ICA no califica como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, conforme se ha indicado previamente.
70. En esa misma línea debe señalarse que, si bien la ICA conjuntamente con la Inversión Complementaria Mínima (ICM), forman parte de la “Inversión Complementaria” prevista en el Contrato de Concesión, como se explicó en el Informe Final, el contrato ha previsto un tratamiento distinto para ambos conceptos. Así, mientras que, de conformidad con la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión corresponde incluir la ICM en el cálculo del factor de productividad, no corresponde incluir la ICA en dicho cálculo. Ello, pues como se ha indicado previamente, de acuerdo con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, la ICA es la transferencia en dominio fiduciario del monto que ofreció DPWC en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; y, en virtud de la Cláusula 8.1, a través de la Explotación del TMS el Concesionario tiene derecho a recuperar sus inversiones en Obras, siendo que la ICA no califica como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67.
71. En cuanto a la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, en su recurso de reconsideración el Concesionario alega que el segundo supuesto contemplado en dicha cláusula (inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero) no se limita únicamente a las inversiones adicionales en las Cláusulas 15.6 a 15.9; y, por tanto, debería incluirse la ICA. Al respecto, cabe señalar que, en el Informe Final, para efectos del cálculo del factor de productividad se incorporaron las inversiones adicionales que realizó DPWC conforme a las Cláusulas 15.6 a 15.9; sin embargo, la ICA se excluye toda vez que, como se ha explicado anteriormente, no califica como una inversión de DPWC que tenga derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1, 9.2. y 8.1 antes desarrolladas.
72. Asimismo, respecto a este punto, en su recurso de reconsideración el Concesionario señala que, tal como se ha indicado en el Voto en Discordia, de acuerdo con lo señalado por la Gerencia de Asesoría Jurídica -a través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN de fecha 5 de enero de 2021- el segundo supuesto contemplado en la Cláusula 8.19 (inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero) no se limita

¹³ En sus comentarios a la Propuesta Tarifaria presentados a través de la Carta N° DALC.DPWC.269.2020, DPWC.

¹⁴ <https://www.diccionarios.com/diccionario/espanol/inversi%C3%B3n>

únicamente a las inversiones adicionales en las Cláusulas 15.6 a 15.9 “*lo que resultaría consistente con el objetivo de permitir la recuperación de las inversiones hechas por el Concesionario*”.

73. Como se indicó en la sección de antecedentes del presente informe, mediante Memorando N° 0085-2020-PD-OSITRAN de fecha 28 de diciembre de 2020, la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán formuló consultas a la Gerencia de Asesoría Jurídica relacionadas con el Informe “Revisión del Factor de Productividad en el Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, aplicable a la actualización de las tarifas máximas de los Servicios Estándar hasta el 17 de agosto de 2025” remitido mediante el Memorando N° 00192-2020-GRE-OSITRAN.
74. A través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán dio respuesta al pedido formulado por la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán. En dicha oportunidad, la mencionada Gerencia señaló que el informe mencionado en el párrafo previo fue emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos con el apoyo de la Gerencia de Asesoría Jurídica dentro del procedimiento de revisión tarifaria de DPWC, siguiendo el trámite correspondiente de conformidad con lo previsto en el RETA. Por ello, se indicó que las respuestas que se brindaban a través del Memorando N° 002-2021-GAJ-OSITRAN se enmarcan en el 17, inciso 2 del ROF de Ositrán que prescribe como función de la Gerencia de Asesoría Jurídica el “asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del OSITRAN, según corresponda.
75. Dicho esto, debe indicarse que en el memorando de la Gerencia de Asesoría Jurídica antes mencionado, en efecto, se señaló que el segundo supuesto de la Cláusula 8.19 (inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero) no se limita únicamente a las inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9. Sin embargo, en el referido memorando se señaló de manera clara que la limitante contractual para no considerar a la ICA como una inversión adicional comprendida en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se encuentra en la propia definición de la ICA prevista en la cláusula 1.20.59 del Contrato y el tratamiento que contractualmente las Partes acordaron en las cláusulas 9.1 y 9.2 del Contrato, tal como se ha citado en el Voto en Discordia aludido por el Concesionario¹⁵. Asimismo, en el citado memorando se señaló también que, de conformidad con la Cláusula 8.1, la ICA no constituye un concepto que en virtud del Contrato de Concesión deba ser recuperado por el Concesionario mediante la explotación del TMS, pues no califica como Obra en los términos de la Cláusula 1.20.67
76. En efecto, tal como señaló en el Informe Final -y se ha reiterado en el presente documento- de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, bajo la denominada ICA el Concesionario únicamente se ha obligado a transferir en dominio fiduciario el monto que ofreció en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; asimismo, en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión el Concesionario tiene derecho a recuperar a través de la Explotación su inversión en Obras; siendo que, como se ha indicado previamente, la ICA no califica como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67.
77. En consecuencia, la alegación del Concesionario en el sentido que, dado que el segundo supuesto contractual previsto en la Cláusula 8.19 no se limita únicamente a las inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9, tendría derecho a que se incorpore la ICA en el cálculo del factor de productividad, a efectos que recupere dicho concepto a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, carece de sustento contractual.
78. Respecto al **punto (ii) precedente**, en línea con lo señalado durante el procedimiento de revisión tarifaria, DPWC reitera que, en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión tendría derecho a recuperar el monto de la ICA a través de la Explotación de la Concesión, pues los trabajos financiados con la ICA calificarían como Obras en los términos señalados en la Cláusula 1.20.67, debido a que son bienes utilizados por DPWC a través de sus usuarios.
79. Sobre ello, señala que, durante el procedimiento de revisión tarifaria demostró que el Contrato de Concesión reconoce la existencia de obras que se encuentran fuera del área de la Concesión

¹⁵ Páginas 6 y 7 del recurso de reconsideración.

(Obras Exteriores definida en la Cláusula 1.20.69); y que, en base a ello, consideraba que la definición de Obras comprende los bienes financiados con la ICA, los cuales son utilizados por DPWC a través de sus usuarios. A manera de ejemplo, DPWC señala que pone a disposición de sus usuarios la poza de maniobras y de esa forma hace uso de ella; y que también pone a disposición de sus clientes el ingreso al terminal a través de la bocana y, por tanto, la utiliza.

80. Con relación a este punto, DPWC señala también que, de los fundamentos expuestos en el Informe Final, a pesar de que el Contrato de Concesión reconoce que las Obras Exteriores son Obras, para el Ositrán –según la interpretación contractual que se habría realizado en el Informe Final- lo determinante sería que los trabajos ejecutados con cargo a la ICA “no corresponden a obras ejecutadas por el Concesionario”, tratándose solo de “transferencias de recursos económicos”¹⁶. DPWC señala que discrepa con dicha supuesta interpretación contractual, pues a su juicio, los bienes y trabajos ejecutados con cargo a la ICA son Obras para efectos del Contrato y tiene derecho a recuperar dicha inversión. Además, alega que, tal como se indicó en el Voto en Discordia, si bien las obras de la ICA no son el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario, “sí son bienes utilizados por el Concesionario para la operación, por lo que se ajustan al concepto de Obras en los términos contenidos en el Contrato de Concesión”.
81. A efectos de abordar estos argumentos formulados por DPWC, resulta pertinente, de manera previa, recordar que en la Propuesta Tarifaria del Ositrán se señaló que, de conformidad con la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, la Explotación es un derecho del Concesionario pues es el mecanismo a través del cual recuperará su inversión en Obras. Asimismo, se señaló que, de conformidad con la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión, el término Obras se define como *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.*
82. Considerando ello, en la Propuesta Tarifaria del Ositrán se indicó que la ICA no califica como Obras en los términos señalados en la Cláusula 1.20.67, pues no 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; así como tampoco califica como 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. Ello, toda vez que, en virtud de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, bajo la denominada ICA, DPWC únicamente se limita a transferir en dominio fiduciario el monto que ofreció en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido.

¹⁶ Sobre ello, DPWC cita el siguiente extracto del Informe Final:

“615. (...) aun cuando se tratan de bienes utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y Conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario no tendría derecho a recuperar los mismos a través de la Explotación, pues no son resultado de sus inversiones en Obras.

616. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que, si bien en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán presentados a través de la Carta No. DALC. DPWC.269.2020, DPWC alega que ‘las instalaciones y trabajos’ realizados con los recursos de la ICA en el Puerto del Callo son ‘utilizados para la operación Prestación Exclusiva de los Servicios y Conservación de los Bienes de la Concesión, no ha indicado ni ha acreditado concretamente cómo, en el marco del Contrato de Concesión, DPWC utiliza dichas ‘instalaciones y trabajos’ para los fines indicados. No obstante, debe reiterarse que, aun cuando los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA fueran utilizados para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario no tendría derecho a recuperar el monto transferido por concepto de ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, pues no son resultado de sus inversiones en Obras, sino más bien son transferencias de recursos económicos efectuados a un patrimonio fideicometido como consecuencia de su oferta económica para hacerse de la concesión.

(...)

832. Así, de la revisión del Contrato de Concesión se observa que las Obras Civiles, incluyendo las Obras Exteriores, se encuentran referidas a aquellas obras que son ejecutadas por el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión. Siendo ello así, los trabajos que se han realizado con el monto de ICA no califican como ‘Obras Civiles’ ni ‘Obras Exteriores’, toda vez que las mismas no corresponden a obras ejecutadas por el Concesionario.

[Énfasis agregado.]”

83. Frente a ello, en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, el Concesionario alegó¹⁷ que los trabajos financiados con la ICA califican como Obras Civiles y Exteriores en los términos del Contrato de Concesión, y que DPWC utiliza los trabajos financiados con la ICA a través de sus usuarios. En base a ello sostuvo que, los trabajos financiados con la ICA califican como Obras y, por ende, tiene derecho a recuperar el monto transferido bajo dicho concepto a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión.
84. El argumento que formuló el Concesionario en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, respecto a que los trabajos financiados con la ICA califican como Obras Civiles y Obras Exteriores, fue evaluado en los párrafos 825 a 832 del Informe, los cuales se transcriben a continuación:

“825. Respecto al argumento señalado en el punto (iii) precedente, el Concesionario alega que, a efectos de determinar los bienes que tiene derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, debe tenerse en cuenta que los trabajos ejecutados con la ICA, por sus características, calificarían como “Obras Civiles” y “Obras Exteriores” definidas en las Cláusulas 1.20.68 y 1.20.69, respectivamente. Al respecto, cabe señalar que, las citadas cláusulas contractuales definen a las “Obras Civiles” y “Obras Exteriores” como se indica a continuación:

“DEFINICIONES

(...)

1.20. En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

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.

(...)”

826. *Considerando que, de conformidad con lo establecido en la sección de Definiciones prevista en el Contrato de Concesión, los términos “Obras Civiles” y “Obras exteriores” contemplados en el Contrato de Concesión tendrán el significado que se ha citado previamente, resulta pertinente revisar las cláusulas contractuales en las cuales se utilizan dichos términos. Así, es relevante revisar, en primer lugar, las cláusulas en las cuales se hacen referencia a las “Obras Civiles”, toda vez que estas comprenden a las “Obras Exteriores”, conforme se observa de la definición antes citada.*
827. *Así, resulta importante señalar que, la Cláusula 1.20.29 del Contrato de Concesión, define el término “Construcción” conforme se indica a continuación:*

1.20.29. Construcción

*Comprende las actividades necesarias para la implementación e inicio de Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, así como para la ejecución de las Obras ICM. Entre dichas actividades se incluye: (i) **la realización de Obras Civiles**; (ii) la instalación de equipos o sistemas eléctricos, mecánicos o electrónicos; y (iii) la implementación de tecnología de información, según corresponda.*

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

828. *Como se puede observar de la Cláusula 1.20.29 del Contrato de Concesión, la realización de Obras Civiles forma parte de las actividades necesarias para la implementación de inicio de Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, así como para la ejecución de las Obras ICM. Sobre ello, cabe recordar que, de acuerdo con el Contrato de Concesión corresponde al Concesionario la ejecución de las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, así como la ejecución de las Obras ICM.*

¹⁷ Carta N° DALC.DPWC.285.2020, presentada el 30 de noviembre de 2020.

829. Asimismo, la Cláusula 1.20.55 del Contrato de Concesión, define el término Infraestructura Portuaria, la cual comprende las Obras Civiles, tal como se cita a continuación:

“1.20.55. Infraestructura Portuaria

Son las **Obras Civiles** e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes, construidas o ubicadas en los Puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal.”

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

830. En la Sección VI del Contrato de Concesión se desarrolla lo concerniente a la ejecución de las Obras de Infraestructura Portuaria (las cuales comprenden a las Obras Civiles, conforme a la Cláusula 1.20.55 antes citada). Como se puede observar de dicha sección, tales obras se encuentran referidas a aquellas que son ejecutadas por el Concesionario (las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, así como la ejecución de las Obras ICM). Así, en la Sección VI se desarrolla, entre otros, el proceso para la aprobación del Expediente Técnico, el cual, según lo dispuesto en la Cláusula 1.20.47 del Contrato de Concesión, contiene la información necesaria para permitir la ejecución de las Obras y Obras ICM, las cuales son ejecutadas por el Concesionario.

“1.20.47. Expediente Técnico

Es el documento que contiene la información necesaria y suficiente para permitir la ejecución y supervisión de las Obras y de Obras ICM, que deberá ser formulado por el CONCESIONARIO de acuerdo a la Propuesta Técnica y lo dispuesto en el presente Contrato. Dicho documento deberá ser presentado a la APN para su aprobación y tiene carácter vinculante para la ejecución de las referidas obras.”

831. Por su parte, las Cláusulas 11.4 y 11.5 del Contrato de Concesión contemplan la obligación del Concesionario de contratar pólizas de seguro vinculadas a la ejecución de obras civiles. La contratación de dichas pólizas se encuentra referida a las obras civiles que corresponde ejecutar al Concesionario.

SECCIÓN XI: RÉGIMEN DE SEGUROS

(...)

CLASES DE PÓLIZAS DE SEGUROS

(...)

11.4. Seguros Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje. El CONCESIONARIO deberá cumplir con contratar la mencionada póliza, amparando el riesgo de construcción y montaje de las obras civiles, electromecánicas y todos los bienes que puedan sufrir daños materiales de cualquier clase y descripción, así como los equipos y maquinarias para la construcción, en cualquier lugar y condición en la que se encuentren incluyendo locales propios y/o de terceros, campamentos permanentes y/o temporales, en la intemperie, bajo tierra y en mares.

(...)

El valor asegurado para esta póliza deberá ser el monto de la **Construcción y montaje de las Obras (obras civiles)**, electromecánicas y sus instalaciones, maquinaria, equipos y existencias de cualquier clase y descripción) el cual será consistente con el valor del avance de la obra determinado de acuerdo a lo dispuesto en el Numeral ii) de la Cláusula 15.4, con excepción de los trabajos preliminares o preparatorios que no formarán parte del valor asegurado, como gastos de demolición de edificaciones, retiro de pavimento, material desechado de dragado, entre otros.

(...)

11.5. Seguro de Todo Riesgo de Obras Civiles Terminadas, incluyendo equipos, maquinaria y todas sus instalaciones, sobre y bajo tierra, tuberías e instalaciones submarinas, en mares e instalaciones subterráneas de operaciones portuarias. El CONCESIONARIO deberá cumplir con contratar la mencionada póliza, amparando el riesgo patrimonial de las obras terminadas y en operación de todo riesgo portuario, la misma que se inicia al término de la cobertura Contra Todo Riesgo de **Construcción y Montaje**, manteniéndose vigente durante todo el periodo de la concesión.

La cobertura deberá cubrir todas las Obras terminadas (**obras civiles**, equipamiento, incluyendo todas sus instalaciones de cualquier clase y descripción, sobre y bajo tierra, tuberías e instalaciones submarinas, en mares, e instalaciones subterráneas, maquinaria, equipos y existencias) de operaciones portuarias, por todos los darlos materiales que puedan sufrir cualquier bien de cualquier clase y descripción, lo cual será consistente con el Presupuesto Real Ejecutado, con excepción de los trabajos preliminares o preparatorios que no formarán parte del valor asegurado, como gastos

de demolición de edificaciones, retiro de pavimento, material desechado de dragado, entre otros.

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

832. Así, de la revisión del Contrato de Concesión se observa que las Obras Civiles, incluyendo las Obras Exteriores, se encuentran referidas a aquellas obras que son ejecutadas por el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión. Siendo ello así, los trabajos que se han realizado con el monto de ICA no califican como "Obras Civiles" ni "Obras Exteriores", toda vez que las mismas no corresponden a obras ejecutadas por el Concesionario."
85. Como se puede ver del texto antes citado, considerando la alegación formulada por el Concesionario, en el Informe Final se evaluó si los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA calificarían como Obras Civiles y Obras Exteriores en los términos del Contrato de Concesión, tal como alegaba el Concesionario. Así, a partir del texto explícitamente plasmado en el Contrato de Concesión se verificó que las Obras Civiles, incluyendo las Obras Exteriores, se encuentran referidas a aquellas obras que son ejecutadas por el Concesionario. Por ello, en el Informe Final se concluyó que los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA no califican como Obras Exteriores en los términos del Contrato de Concesión, como alegaba el Concesionario.
86. Por tanto, con relación al argumento planteado por el Concesionario en el marco de su recurso de reconsideración respecto a que, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 832 de Informe Final, para el Regulador no sería relevante si los trabajos financiados con la ICA califican o no como Obras, sino que dichos trabajos no son ejecutados por el Concesionario, debe indicarse que no resulta correcto descontextualizar la conclusión reflejada en dicho párrafo del Informe Final.
87. Ello, pues como se puede observar del texto antes citado, el párrafo 832 del Informe Final aludido por el Concesionario es el resultado del análisis efectuado en los párrafos previos (825 a 831) en los cuales se evalúa si, como sostenía el Concesionario, los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA calificaban como Obras Civiles y Obras Exteriores en los términos del Contrato de Concesión. Como resultado de dicha evaluación, considerando el texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión, se concluyó que los trabajos financiados con la ICA no califican como Obras Civiles, ni Obras Exteriores en los términos de dicho contrato, como erróneamente había sostenido DPWC en el marco del procedimiento de revisión tarifaria.
88. Por otro lado, como se mencionó previamente, en el marco del procedimiento de revisión tarifaria el Concesionario alegó que los trabajos financiados por la ICA califican como Obras en los términos establecidos en la Cláusula 1.20.67, debido a que serían utilizados por DPWC a través de sus usuarios¹⁸. Dicho argumento fue evaluado en los párrafos 615 a 620 del Informe Final, los cuales se transcriben a continuación:

¹⁸ DPWC indica también que, en el Informe Final (página 112) el Ositrán señaló que los trabajos financiados con la ICA no califican como "Obras" según los términos del Contrato de Concesión, "en la medida en que (i) no son obras necesarias para la implementación o Explotación de la concesión y (ii) son obras ubicadas fuera del área de la concesión"; y, por ello, DPWC no tiene derecho a recuperar la ICA, en virtud de la Cláusula 8.1.

El Concesionario indica que, frente a lo anterior, durante el procedimiento de revisión tarifaria hizo notar que la definición de "Obras" contenida en la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión incluye "los bienes a ser utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por el CONCESIONARIO para la operación, Prestación Exclusiva de Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión". En ese sentido, el Concesionario señaló que podrían formar parte de las "Obras", bienes que no necesariamente hayan sido construidos por DPWC, en la medida en que sean utilizados para la prestación de servicios en el TMS.

Al respecto, cabe señalar que, este argumento que cita el Concesionario contenido en la página 112 del Informe Final, corresponde al texto de la Propuesta Tarifaria del Ositrán -la cual se publicó para comentarios por parte de todos los interesados, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 0053-2020-CD-OSITRAN El Concesionario formuló comentarios respecto a ese punto, los cuales se abordaron en los párrafos 615 a 623 del Informe Final. Así, en los párrafos 615 a 620 del Informe Final, transcritos en el párrafo 85 del presente documento, se señalaron los fundamentos por los cuales los trabajos desarrollados con cargo a la ICA no calificaban como Obras como alegaba el Concesionario.

Sin perjuicio de ello, dada la alegación formulada por DPWC respecto a que los trabajos ejecutados con el monto transferido por concepto de ICA son necesarios para la implementación o Explotación del TMS, en el Informe Final se mencionó que, el TMS se hubiera podido implementar o explotar si en lugar de ejecutarse la ampliación de la bocana de entrada del TPC y el

615. Según DPWC, “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”. Al respecto, resulta oportuno reiterar que, la Explotación es un derecho del Concesionario, a través de la cual recupera sus inversiones en Obras; por lo que, los “bienes utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión” que tendría derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, se circunscribe a aquellos que correspondan a inversiones de DPWC. Dado que en el caso concreto, la obligación de DPWC se limita a realizar los aportes que se comprometió como parte de su Propuesta Económica en los plazos estipulados contractualmente y transferirlos en dominio fiduciario, aun cuando se trataran de bienes utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión”, el Concesionario no tendría derecho a recuperar los mismos a través de la Explotación, pues no son resultado de sus inversiones en Obras.
616. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que, si bien en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán presentados a través de la Carta N° DALC.DPWC.269.2020, DPWC alega que las “instalaciones y trabajos” realizados con los recursos de la ICA en el Puerto del Callao son “utilizados para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión”, no ha indicado ni ha acreditado concretamente cómo, en el marco del Contrato de Concesión, DPWC utiliza dichas “instalaciones y trabajos” para los fines antes indicados. No obstante, debe reiterarse que, aun cuando los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA fueran utilizados para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, el Concesionario no tendría derecho a recuperar el monto transferido por concepto de ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, pues no son resultado de sus inversiones en Obras, sino mas bien son transferencias de recursos económicos efectuados a un patrimonio fideicometido como consecuencia de su oferta económica para hacerse de la concesión.
617. Con relación a este punto, cabe mencionar que, en atención al Pedido N° 001-721-20-CD-OSITRAN formulado por la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán, mediante Oficio N° 00144-2020-GRE-OSITRAN se solicitó a DPWC que indique y acredite cómo, en el marco del Contrato de Concesión, utiliza las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la ICA para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión. Asimismo, mediante Oficio N° 00145-2020-GRE-OSITRAN se solicitó a la APN informar sobre si DPWC utiliza las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la ICA para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, bajo los términos de su Contrato de Concesión.
618. En respuesta al Oficio N° 00144-2020-GRE-OSITRAN, mediante la Carta N° DALC.DPWC.314.2020, DPWC señaló que utiliza los trabajos e instalaciones ejecutados con cargo a los recursos de la ICA a través de los usuarios del TMS. Sobre ello, resulta pertinente reiterar que, según lo dispuesto en la Cláusula 1.20.67, Obras “[e]s 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.
619. Así, de acuerdo con el texto literal de la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión las Obras comprenden los **bienes utilizados por el Concesionario** para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión; por lo que, carece de fundamento legal la afirmación señalada por DPWC respecto a que los trabajos resultados de la ICA calificarían como bienes bajo la citada cláusula contractual debido a que son utilizados por sus usuarios para acceder al TMS, a fin de que DPWC les brinde Servicios⁸⁹. No obstante, es importante reiterar que, independientemente de que los trabajos resultados de la ICA fueran utilizados por DPWC para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión”, no tendría derecho a recuperar los mismos a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación.
620. En efecto, como se indicó previamente, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión la Explotación, es un derecho del Concesionario, pues es el mecanismo a través de la cual recuperará sus inversiones en Obras; por lo que, los **bienes utilizados por el Concesionario** para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión que tendría derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, se

mejoramiento de la Avenida Néstor Gambetta, la APN hubiera elegido alguno de los otros trabajos que el propio Contrato de Concesión recoge en la Cláusula 9.2. (párrafo 623 del Informe Final).

circunscribe a aquellos que correspondan a inversiones de DPWC. Dado que, en virtud de lo dispuesto en las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, la obligación de DPWC se limita a transferir en dominio fiduciario el monto que ofreció como parte de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido, aun cuando los trabajos realizados con los recursos de la ICA fueran utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, DPWC no tendría derecho a recuperar el monto que transfirió en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación, pues no son resultado de sus inversiones.

⁸⁹ En su Carta N° DALC.DPWC.314.2020, DPWC indicó que el Contrato de Concesión habría reconocido que este puede utilizar, directamente o a través de sus usuarios, los trabajos e instalaciones realizados con los recursos de la ICA. Como sustento de ello, señaló que la Cláusula 1.20.56 define a la Infraestructura Portuaria Común como “aquella utilizada indistintamente por cualquier Usuario, los operadores y administradores portuarios del Puerto del Callao, para la realización de actividades portuarias”, tales como como la prestación de servicios portuarios. Asimismo, señaló que, el Contrato de Concesión ha reconocido que la prestación de Servicios a los Usuarios del TMS se realiza para que estos puedan utilizar la Infraestructura Portuaria objeto de la presente Concesión, de conformidad con la Cláusula 4.2 relativa a la Suspensión del Plazo.

Al respecto, cabe señalar que en las citadas cláusulas contractuales no se reconoce que el Concesionario utilice indirectamente a través de los usuarios los trabajos que resulten de la ICA, como erróneamente sostiene el Concesionario. Asimismo, debe reiterarse que la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión señala textualmente que los bienes que califican como Obras son aquellos **utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión**.

Por otro lado, el Concesionario señala que corresponde a la APN autorizar a los usuarios para que ingresen y transiten por las áreas comunes del TPC. Sobre ello indica que, DPWC pone a disposición de sus usuarios, en coordinación con la APN, la utilización temporal y programada de las áreas comunes de acceso al TPC, a fin de poder brindar los servicios portuarios requeridos en el TMS; y, que, si bien el tránsito de los camiones por la Avenida Gambetta no requiere de autorización previa, al haber financiado mejoras en dicha avenida, DPWC ha puesto a disposición de sus usuarios mejores vías de circulación en beneficio de las operaciones del TPC y, por tanto, del TMS.

Respecto a este argumento de DPWC, debe reiterarse que la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión señala textualmente que los bienes que califican como Obras son aquellos **utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión**. Asimismo, es oportuno recordar que, en virtud del Contrato de Concesión DPWC, el Concedente otorgó en Concesión al Concesionario, el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur. Asimismo, de acuerdo con la Cláusula 1.20.48, la Explotación comprende la operación y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur; así como la Prestación Exclusiva de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del mencionado Terminal. En tal sentido, carece de fundamento legal la afirmación realizada por DPWC respecto a que podría poner a disposición de sus usuarios los trabajos resultados de la ICA, los cuales se ubican fuera del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, no encontrándose bajo su operación ni administración.

Por otra parte, DPWC señala que negar que utiliza los trabajos e instalaciones realizados con los recursos de la ICA por el solo hecho de que no cuentan con la tenencia física o material del área marítima de la bocana de acceso al TPC o los accesos terrestres mejorados, implicaría negar que los accesos (marítimos y terrestres) al TMS constituyen el presupuesto operativo necesario para que el Concesionario pueda cumplir con el objeto del Contrato de Concesión, esto es, la prestación de servicios portuarios. Según indica DPWC, negar el uso de dichos accesos a los clientes de DPWC implicaría el incumplimiento de una obligación esencial del Contrato, esto es, permitir la explotación de la Concesión por parte de DPW.

Al respecto, cabe señalar que no se encuentra en discusión que la bocana de acceso al TPC o la Avenida Néstor Gambetta constituyan vías de acceso utilizadas por los usuarios para ingresar al TPC. En sus comentarios a la Propuesta del Ositrán, DPWC alegó que “utiliza” dichas vías de acceso mejoradas con los recursos de la ICA en los términos de la Cláusula 1.20.67; sin embargo, como se puede observar de lo expuesto por DPWC en su Carta N° DALC.DPWC.314.2020, quienes utilizan dichas vías de acceso mejoradas con los recursos de la ICA no es DPWC, sino sus usuarios para acceder al TPC. No obstante, como se ha indicado previamente en este documento, aun cuando DPWC utilizara los trabajos ejecutados con los recursos de la ICA, no tiene derecho a recuperar el monto que transfirió bajo dicho concepto en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión.”

89. Como se puede observar de los fundamentos antes citados, en el Informe Final se concluyó que, de acuerdo con el texto literal de la Cláusula 1.20.67, el término Obras comprende los bienes **utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión**, por lo que carecía de fundamento alegar que los trabajos financiados con la ICA califican como Obras en los términos del Contrato de Concesión debido a que serían utilizados por el Concesionario a través de sus usuarios.
90. Además, en el Informe Final se señaló que, aun cuando los trabajos financiados con la ICA fueran utilizados por el Concesionario tampoco tendría derecho a recuperar dicho concepto a través de la Explotación del TMS. Ello, pues la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece

literalmente que la Explotación del TMS es un derecho del Concesionario pues es el mecanismo a través del cual recuperará su inversión en Obras. Así, en la medida que, de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, bajo la denominada ICA, el Concesionario únicamente se limita a transferir en dominio fiduciario el monto que ofertó como parte de su Propuesta Económica, la misma no califica como una Inversión de DPWC en Obras.

91. Por tanto, en cuanto al argumento que ha formulado DPWC en su recurso de reconsideración respecto a que en el Informe Final se habría interpretado el Contrato de Concesión, al señalarse que, aun cuando los trabajos financiados con la ICA calificaran como bienes utilizados por el Concesionario, DPWC no tendría derecho a recuperar dicho concepto a través de la Explotación del TMS; debe indicarse que, ello no deriva de una interpretación contractual, sino que responde a la literalidad de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión antes mencionada, que establece textualmente que a través de la Explotación DPWC recuperará su inversión en Obras; y, que, como se ha explicado previamente, bajo la denominada ICA DPWC únicamente debe transferir en dominio fiduciario el monto que ofertó como parte de su Propuesta Económica, de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2.

92. Por otra parte, en cuanto al argumento que ha planteado DPWC en su recurso de reconsideración respecto a que, a pesar de que el Contrato de Concesión habría reconocido la existencia de Obras Exteriores; y, que, en base a ello, los trabajos financiados con la ICA califican como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, debido a que son utilizados por DPWC a través de sus usuarios, y que pone a disposición de dichos usuarios tales trabajos, corresponde señalar lo siguiente:

- Efectivamente, el Contrato de Concesión contempla Obras Exteriores; sin embargo, los trabajos financiados con la ICA no califican como Obras Exteriores, tal como se señaló en el Informe Final y se ha recogido en el presente informe. En este punto, es preciso hacer notar que en su recurso de reconsideración DPWC no ha formulado ningún cuestionamiento concreto sobre los fundamentos expuestos por el Regulador en base a los cuales se concluyó que los trabajos financiados con la ICA no califican como Obras Exteriores en los términos del Contrato de Concesión, limitándose en su recurso a señalar de manera general que el Regulador habría interpretado el Contrato de Concesión, lo cual carece de fundamento por las consideraciones antes expuestas.
- Por su parte, la Cláusula 1.20.67 del Contrato de Concesión establece literalmente que las Obras comprenden los bienes utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión; por lo que carece de fundamento el argumento de DPWC respecto a que los trabajos financiados con la ICA califican como Obras, pues el Concesionario utiliza dichos trabajos a través de sus usuarios.
- En virtud del Contrato de Concesión, el Concedente otorgó en Concesión al Concesionario, el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur. Asimismo, de acuerdo con la Cláusula 1.20.48, la Explotación comprende la operación y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, así como la Prestación Exclusiva de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del mencionado Terminal.

Considerando ello, carece de fundamento la alegación de DPWC respecto a que utilizaría los trabajos ejecutados con la ICA debido a que pondría a disposición de sus usuarios tales trabajos, pues dichos trabajos se ubican fuera del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, no encontrándose bajo la operación ni administración de DPWC. En este punto, es preciso hacer notar que, a pesar que este fundamento fue también desarrollado en el Informe Final, en su recurso de reconsideración DPWC tampoco ha formulado ningún cuestionamiento concreto sobre este punto, limitándose a reiterar que pone a disposición de sus usuarios los trabajos que han sido ejecutados con cargo a la ICA.

93. Por otra parte, DPWC cuestiona que se le haya solicitado que indique y acredite cómo, en el marco del Contrato de Concesión, utiliza los trabajos que han sido financiados con la ICA para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la

Concesión, pues no hay cláusula en el Contrato de Concesión que imponga a DPWC la carga de probar “concretamente” cómo utiliza las obras de la ICA ni ninguna otra inversión.

94. Al respecto, como se ha mencionado previamente, en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán presentados a través de la Carta N° DALC.DPWC.269.2020, DPWC alegó que las “instalaciones y trabajos” ejecutados con los recursos de la ICA en el TPC son “utilizados para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión”; y, en base a ello, sostenía que tenía derecho a recuperar la ICA en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión. Considerando esa alegación, en atención al Pedido N° 001-721-20-CD-OSITRAN efectuado por la Presidenta del Consejo Directivo del Ositrán, mediante Oficio N° 00144-2020-GRE-OSITRAN se solicitó a DPWC que indique y acredite cómo, en el marco del Contrato de Concesión, utiliza las instalaciones y trabajos que han sido financiados con la ICA para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión.
95. Sobre el particular, es preciso recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.2 del TUO de la LPAG, corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones. Asimismo, de acuerdo con el principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
96. Por tanto, en la medida que en sus comentarios a la Propuestas Tarifaria del Ositrán DPWC señaló que los trabajos financiados con la ICA calificaban como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, pues eran utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión, resultaba legalmente válido que, en atención al Pedido N° 001-721-20-CD-OSITRAN, se solicitara a DPWC que presente el sustento correspondiente a dicha alegación.
97. En consecuencia, respecto a los argumentos antes analizados, debe reiterarse que en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, DPWC tiene derecho a recuperar a través de la Explotación sus inversiones en Obras, siendo que la ICA no califica como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67. Ello, pues no 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; así como tampoco califica como 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 Contrato. Como se indicado previamente, en virtud de las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, bajo la denominada ICA, DPWC únicamente se limita a transferir en dominio fiduciario el monto que ofreció en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido.
98. En cuanto a lo señalado en el **punto (iii) precedente**, el Concesionario señala que, según el artículo 1361 del Código Civil, *“se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”*. Sobre esa base, señala que debe entenderse que los términos y disposiciones contenidas en un contrato responden íntegramente a la voluntad común de las partes; y, por tanto, lo que las partes no hubieran incorporado en el texto contractual también responde a su voluntad. Así, alega que, quien pretenda derivar alguna regla para las Partes, a pesar de que las mismas no expresaron algo explícitamente en su contrato, deberá probar que dicha regla responde a su voluntad común.
99. Según DPWC, en el Informe Final se decide excluir la ICA del cálculo del factor de productividad porque *“no hay nada en el Contrato que indique que debe ser considerada dentro de dicho cálculo”*; mientras que, para el Concesionario, *“nada en el Contrato indica que la ICA deba ser excluida o tratada como algo distinto a una inversión”*.
100. Asimismo, como se indica en el **punto (iv) precedente**, a juicio del Concesionario, a fin de cubrir la falta de un texto expreso en el Contrato de Concesión que sustente la exclusión de la ICA del

cálculo del factor de productividad, en la resolución impugnada se han desarrollado diversos argumentos e interpretaciones del Contrato de Concesión para sostener dicha exclusión. Sobre ello, indica que, independientemente de que no se haya indicado un procedimiento de interpretación contractual, en los hechos lo que habría ocurrido es una interpretación contractual por parte del Regulador.

101. Al respecto, cabe indicar que, en efecto, de conformidad con artículo 1361 del Código Civil, “se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”. En el presente caso, tal como se ha explicado en los párrafos precedentes, la decisión del Regulador de excluir la ICA del cálculo del Factor de Productividad, se sustenta en el texto plasmado en el Contrato de Concesión. El Regulador no ha inferido, como pretende deslizar el Concesionario, una regla ante la ausencia de una regulación desarrollada de manera explícita en el Contrato de Concesión; por el contrario, la decisión se sustenta en lo explícitamente señalado en dicho contrato.
102. Por tanto, la inferencia que realiza el Concesionario a partir de los fundamentos expuestos en el Informe Final, en el sentido que se ha decidido excluir la ICA porque no hay nada en el Contrato de Concesión que indique que se deba incorporar dicho concepto en el cálculo del factor de productividad, no es correcta. En efecto, debe reiterarse que la exclusión del valor de la ICA del cálculo del factor de productividad, se sustenta en el texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión, pues en este no solo se define y regula de manera explícita en qué consiste la denominada ICA (Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2), sino que se ha estipulado también de manera expresa que el Concesionario recuperará a través de la Explotación sus inversiones en Obras (Cláusula 8.1).
103. En línea con lo anterior, debe indicarse en el Informe Final no se ha realizado una interpretación del Contrato de Concesión a efectos de determinar que corresponde excluir la ICA del cálculo del Factor de Productividad. Tal como se indicó en dicho informe, ni en el Informe Conjunto de Inicio, ni en la Propuesta Tarifaria del Ositrán, se identificó la existencia de una cláusula ambigua u oscura que requiera ser previamente interpretada para resolver dicho aspecto; de igual forma, el Concesionario tampoco hizo referencia en el procedimiento sobre la existencia de una cláusula ambigua u oscura que requiera ser objeto de interpretación a efectos de determinar si el monto de la ICA debía ser incorporada o no en el cálculo del factor de productividad.
104. Al respecto, cabe indicar que, de conformidad con lo establecido en el inciso e) del artículo 7.1¹⁹ de la Ley N° 26917, una de las funciones de este Organismo Regulador es interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
105. En esa línea, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo del Regulador interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la infraestructura, determinando el sentido de una o más cláusulas a fin de hacer posible su aplicación:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, (...).

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus anexos, bases de licitación y circulares.”

106. En ese mismo sentido, el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM (en adelante, ROF), dispone que es una función del Consejo Directivo del OSITRAN interpretar los contratos y títulos en virtud de los cuales, las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación:

¹⁹ “Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)”

“Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

7. Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – Metro de Lima y Callao.”

107. En este punto, resulta pertinente traer a colación la Resolución de Consejo Directivo N° 0040-2019-CD-OSITRAN, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de setiembre de 2019, a través del cual el Consejo Directivo del Ositrán aprobó precedente de observancia obligatoria vinculada a las competencias de este Regulador en materia de interpretación de contratos de concesión²⁰. En particular, la citada resolución señala lo siguiente:

“(…)

31. Que, en ese sentido, la presentación de escritos por parte del Concedente, Concesionario o terceros, no equivale al ejercicio de un derecho de acción en sede administrativa, sino, más bien, a la puesta en conocimiento del Regulador de un hecho o situación que podría ameritar el ejercicio de su función interpretativa si luego de analizar y evaluar lo expuesto, **considera que existe una ambigüedad u oscuridad en la cláusula;**

32. Que, **el OSITRAN puede tomar conocimiento de la existencia de indicios de ambigüedad en la lectura de una o más cláusulas de los Contratos de Concesión a través de comunicaciones de las partes** o de sus propios órganos; sin embargo, la facultad de determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo, como órgano competente para interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

33. Que, dicha facultad ya ha venido siendo ejercida por el Consejo Directivo, a través de la emisión de Resoluciones que archivan de plano escritos que se han estado considerando solicitudes de parte, por haber determinado desde un inicio que la cláusula o cláusulas respecto de las cuales se ha querido ejercer la función interpretativa, resultan ser claras;

34. Que, lo señalado guarda concordancia con lo establecido en el artículo 114 del TUO de la LPAG, que señala que el procedimiento administrativo puede ser promovido de oficio por el órgano competente, para lo cual, en aplicación del artículo 115.1 de la misma norma, debe existir una disposición fundamentada en el cumplimiento de un deber legal que lo faculte en dicho sentido, esto es, la función comprendida en el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, que establece que el OSITRAN cuenta con las facultades que le permiten interpretar los Contratos de Concesión;

35. Que, en atención a lo expuesto, corresponde que, en caso el OSITRAN tome conocimiento y se determine la existencia de alguna cláusula en los Contratos de Concesión que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, a partir del presente caso, el inicio de dicho procedimiento será siempre de oficio por decisión del Consejo Directivo, en ejercicio de las funciones establecidas en su Ley de Creación;

(…)”

108. A partir de la normativa y el precedente de observancia obligatoria emitido por el Consejo Directivo del Ositrán se colige lo siguiente:

- a) Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura.
- b) La interpretación contractual procede ante la existencia de una cláusula oscura o ambigua.
- c) El procedimiento de interpretación contractual se inicia siempre de oficio.
- d) El Concesionario puede poner en conocimiento del Regulador la existencia de una cláusula oscura o ambigua que requiera ser objeto de interpretación, correspondiendo al Regulador decidir si inicia de oficio el procedimiento de interpretación contractual por considerar que existe oscuridad o ambigüedad en una cláusula contractual.

²⁰ “Artículo 3°.- Declarar como Precedente Administrativo de observancia obligatoria lo señalado en los numerales 26 al 36 de la presente Resolución, en relación a que, a partir del presente caso, el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio.”

109. Considerando ello, debe reiterarse que, si bien el Concesionario podría haber puesto a consideración del Regulador la existencia de una cláusula oscura o ambigua que fuera necesario interpretar de manera previa a que el Consejo Directivo del Ositrán adopte una decisión sobre si se debe excluir o no la ICA del cálculo del factor de productividad el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria, lo cual no ocurrió; debe indicarse que, durante el procedimiento de revisión tarifaria, este Regulador no identificó la existencia de cláusula oscura o ambigua que requiera ser objeto de interpretación contractual a efectos de adoptar una decisión sobre ese aspecto. Ello, pues a partir de la regulación expresamente prevista en el Contrato de Concesión, resulta claro que la ICA no debe ser incorporada en el cálculo del factor de productividad²¹.
110. Por último, en cuanto a lo señalado en el **punto (v) precedente**, cabe indicar que, durante el procedimiento de revisión tarifaria, en el ejercicio legítimo que tiene a presentar argumentos en el marco de un procedimiento administrativo, el Concesionario ha planteado diversos argumentos con el objetivo que se incluya la ICA en el cálculo del factor de productividad. Dichos argumentos han sido debidamente evaluados en el Informe Final, sin advertirse la existencia de cláusula oscura o ambigua que conlleve a más de una posible lectura que requiera ser objeto de interpretación de manera previa para resolver ese aspecto, concluyéndose que corresponde excluir la ICA del cálculo del factor de productividad a partir del texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión.
111. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

III.2.2. Sobre la supuesta exclusión de la ICA del Factor de Productividad debido a que implicaría trasladar la oferta de DWPC a los usuarios

112. Según indica DPWC, en la Propuesta Tarifaria del Ositrán se ha establecido que reconocer a la ICA *“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”*. Ello, además, considerando que la ICA *“constituye un aporte que fue ofertado por el Concesionario a favor del Estado en su propuesta económica, el cual además fue factor de adjudicación”*²².
113. Asimismo, señala que en el Informe Final se ha *“precisado”* que *“en la Propuesta Tarifaria del Ositrán no se excluyó la ICA debido a que la misma fue factor de desempate”* y que *“las razones que motivaron la decisión del Regulador tienen que ver estrictamente con lo pactado entre las Partes en el Contrato de Concesión del TMS”* y no se vinculan con que la ICA haya sido parte de la oferta de DPWC. Según indica DPWC, en el Informe Final se *“ha minimizado que el hecho de que la ICA haya formado parte de la oferta de DPW y se haya constituido como factor de desempate sea razón suficiente y determinante para desconocerla como una inversión del Concesionario”*.
114. Al respecto, cabe señalar que, en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria, el Concesionario cuestionó que el Regulador considerara excluir la ICA del cálculo del Factor de Productividad debido a que (i) *“implicaría también trasladar a los Usuarios de dicho terminal portuario (mediante*

²¹ Resulta pertinente señalar que, como se mencionó en el Informe Final, en el marco del primer procedimiento de revisión tarifaria de DPWC, también fue materia de discusión la exclusión del monto de la ICA del cálculo del factor de productividad. En efecto, en esa oportunidad el Concesionario manifestó también similares argumentos a los esgrimidos en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria; sin embargo, en esa ocasión, tampoco se identificó (de oficio, o porque DPWC lo hubiera sustentado así) la existencia de alguna cláusula oscura o ambigua que requiera ser previamente objeto de interpretación, a efectos de determinar si correspondía o no excluir la ICA del cálculo del factor de productividad.

²² Al respecto, DPWC manifiesta que, la oferta de la ICA, así como por los otros conceptos de inversión establecidos, fue realizada con la expectativa generada por la promesa del Estado (puesta de manifiesta en los documentos contractuales previos a su firma y en el contenido mismo del Contrato) de poder recuperar dichas inversiones a través de la explotación de la concesión. Además, alega que, desde sus inicios, la ICA debía tener como objetivo la ejecución de *“inversiones en el Puerto del Callao”* según la lista de obras contenida en la Cláusula 9.2, por lo que reconocer dicha inversión no significaría trasladar la recuperación de la oferta de DPW sin mayores beneficios para los usuarios. Así, señala que los impactos positivos que han representado las obras de la ICA para los usuarios y las operaciones del TMS han sido ampliamente acreditados en este procedimiento.

la aplicación de mayores Tarifas; y, (ii) debido a que la ICA haya formado parte de la oferta de DPWC y se haya constituido como factor de desempate para la adjudicación de la Concesión.

115. En el Informe Final se abordaron dichos comentarios del Concesionario señalándose que la exclusión de la ICA del cálculo del Factor de Productividad no obedece a las razones señaladas en los puntos (i) y (ii) antes mencionados, como erróneamente había entendido DPWC a partir de la Propuesta Tarifaria del Ositrán, tal como se puede observar de la siguiente cita del Informe Final:

“Comentario DPWC

584. *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.*
585. *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. La ICA ofrecida por el postor ganador serviría para financiar únicamente las obras listadas en la Cláusula 9.2. Dichas obras fueron incluidas precisamente por su impacto positivo en las operaciones del TPC.*
586. *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. 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.*

Posición del Regulador

587. *Con relación a lo argumentado por el Concesionario, es importante aclarar una vez más que el argumento utilizado por el Regulador para excluir a la ICA del cálculo del factor de productividad en el TMS es que ella no califica como una inversión del Concesionario que deba ser recuperado a través de las Tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, sino que se trata de un aporte que fue ofrecido por el Concesionario en su propuesta económica.*
588. *Así, en la Propuesta Tarifaria del Regulador se evidencia que el Contrato de Concesión ha previsto que el Concesionario recupere su inversión en Obras a través de la Explotación del TMS, mas no los aportes realizados en virtud de su oferta económica para hacerse de la concesión de este terminal. En tal sentido, no corresponde que tal aporte sea incorporado en el cálculo del factor de productividad, el cual que determina la senda de crecimiento de las tarifas que pagan los Usuarios del TMS.*

(...).

116. Así, como se explicó en el acápite precedente del presente documento, en el Informe Final se fundamentó la exclusión de la ICA del cálculo del Factor de Productividad considerando lo dispuesto en las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2 del Contrato de Concesión, conforme a las cuales, bajo la denominada ICA, el Concesionario únicamente debe transferir en dominio fiduciario el monto que ofertó en su Propuesta Económica; además, de acuerdo con la Cláusula 8.1, la ICA no califica como una inversión de DPWC en Obras, por lo que no tiene derecho a recuperar el monto transferido bajo la ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS.

117. Por tanto, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

III.2.3. Sobre que no se habría tenido en consideración la importancia de los trabajos financiados con la ICA

118. El Concesionario cuestiona que en el Informe Final se minimizara la importancia de las obras de la ICA para la productividad del Concesionario, al señalar, entre otros, que *“el análisis llevado a cabo por el Concesionario para evidenciar el impacto de la ampliación de la boca de entrada del TPC y el mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta sobre la productividad del TMS omiten el rol de una serie de factores que también inciden en dichos indicadores”*.

119. Así, señala que, por ejemplo, en el Informe Final se ha establecido que el incremento del tamaño de las naves que han sido atendidas en el TMS *“obedece a una tendencia mundial de crecimiento del tamaño de los buques”*. Sobre ello, indica que es innegable que, en los últimos años, se ha observado una tendencia mundial hacia el crecimiento del tamaño de los buques en aras de buscar mayores economías de escala y eficiencias; sin embargo, a juicio de DPWC, la pregunta que se debería formular el Ositrán es si el TPC hubiera estado en capacidad de atender naves de gran calado si no se hubiera ampliado y profundizado la bocana de acceso al puerto con cargo a la ICA de DPW.
120. En esa línea, DPWC sostiene que ha demostrado ampliamente el impacto positivo que han generado las obras de la ICA en la productividad del Concesionario y en las operaciones del TMS, lo cual ha sido reconocido incluso por la APN. Así, menciona que la APN ha señalado que la ICA *“ha tenido una repercusión directa en el tráfico de naves e incremento de carga, en beneficio del comercio internacional”* y *“ha permitido la atención de naves portacontenedores de mayores dimensiones en el terminal concesionario a DP World Callao S.R.L.”*.
121. Por tanto, a juicio de DPWC, no es cierto que *“los fondos de la ICA no represent[en] un insumo que tiene relación directa con la provisión de servicios portuarios en el TMS, como erróneamente se señala en la resolución impugnada”*.
122. A efectos de abordar este cuestionamiento del Concesionario, de manera previa, resulta pertinente señalar que, en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán, el Concesionario alegó que los trabajos financiados con la ICA habrían tenido un impacto positivo en la capacidad del TMS. En particular, señaló que el impacto de dichos trabajos se materializaría en la atención de naves más grandes y de mayor capacidad, así como en una reducción del tiempo máximo de atención individual para el retiro de mercancía en DPWC. Por ello, a juicio de DPWC, los montos desembolsados por la ICA constituían un insumo productivo del Concesionario y, por ende, debía ser incorporada en el cálculo del factor de productividad.
123. Al respecto, en el Informe Final se señaló que, tal como se ha indicado previamente, de acuerdo con el Contrato de Concesión no corresponde incluir la ICA en el cálculo del factor de productividad, por lo que, aun cuando los trabajos financiados con la ICA podrían haber tenido un impacto positivo en la capacidad del TMS, no corresponde incorporar el monto transferido por concepto de ICA en el mencionado cálculo. Ello, no implica minimizar la importancia de los impactos positivos que podrían haber tenido los trabajos financiados con la ICA en la capacidad del TMS, sino que existen disposiciones contractuales conforme a las cuales no procede la incorporación de la ICA en el cálculo del factor de productividad.
124. Sin perjuicio de ello, en el Informe Final se señaló también que la ICA no califica como un insumo empleado por DPWC que intervenga de manera directa en la provisión de servicios en el TMS, por lo que, bajo el enfoque restringido, correspondía también descontar dicho monto de manera previa al cálculo del factor de productividad. Tal como se explicó en el mencionado informe, la ICA no califica como insumo empleado por DPWC que tenga relación directa con la prestación de servicios en el TMS, pues de conformidad con el Contrato de Concesión, la ICA es la transferencia en dominio fiduciario del monto que ofertó DPWC a un patrimonio fideicometido.
125. Por tanto, considerando los argumentos expuestos por el Concesionario respecto a este extremo, la pregunta relevante a efectos de determinar si corresponde o no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad, no es si el TPC hubiera estado en capacidad de atender naves de gran calado si no se hubiera ampliado y profundizado la bocana de acceso al puerto con cargo a la ICA de DPW, como erróneamente considera DPWC. A juicio de este Regulador, la pregunta relevante es si de acuerdo con el Contrato de Concesión corresponde o no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad, siendo que, como se ha indicado de manera reiterada en el presente documento, de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, no corresponde incluir la ICA en el cálculo del factor de productividad.
126. De acuerdo con las consideraciones antes señaladas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC, evaluados en este acápite.

III.2.4. Sobre que la ICA es una inversión como la Inversión Complementaria Mínima (ICM)

127. Con relación a este punto, el Concesionario señala que el Estado Peruano decidió que el compromiso de inversión adicional del Concesionario sería denominado “Inversión Complementaria Adicional” -no lo llamó “Aporte Complementario Adicional” o “Retribución Complementaria Adicional”-, y que la denominada “Inversión Complementaria Adicional” nació como parte de un concepto más amplio, el de “Inversión Complementaria”.
128. Así, indica que, según la Cláusula 1.20.59 de la versión final del contrato que sería suscrito, la “Inversión Complementaria” fue definida como *“la obligación que asume el CONCESIONARIO de ejecutar la Inversión Complementaria Mínima y de transferir en dominio fiduciario la Inversión Complementaria Adicional”*. La Inversión Complementaria quedó de esta manera conformada tanto por la “Inversión Complementaria Mínima” (“ICM”) como por la ICA.
129. Asimismo, señala que, los objetivos y la naturaleza de ambos conceptos (ICA e ICM) son los mismos. Así, menciona que, tanto la ICM como la ICA estuvieron destinadas a la ejecución de obras comunes que coadyuvarían a mejorar las operaciones del TPC, y que desde sus orígenes se consideró que la Inversión Complementaria (conformada por la ICM y la ICA) sería utilizada *“para la ejecución y mantenimiento de obras o servicios que coadyuven a mejorar el sistema portuario tales como: dragado, rompeolas, sistemas y otras a establecer por la APN. Su prioridad son aquellas obras comunes necesarias derivadas de las nuevas exigencias requeridas para la implementación del Nuevo Terminal.*
130. En esa línea, alega que la ICM y la ICA no solo 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.
131. A juicio de DPWC, la única diferencia entre la ICM y la ICA es la forma en la que se ejecuta. Así, señala que, en el caso de la ICM, las obras las desarrolla el Concesionario; mientras que, en el caso de la ICA, las obras las desarrolla la APN *“con las inversiones del Concesionario aportadas a un fideicomiso”*. Al respecto indica que, a pesar de esta única diferencia, en el fondo la ICM y la ICA son lo mismo: inversiones.
132. Por último, señala que, para remarcar la condición de inversión de estos conceptos, la definición contenida en la Cláusula 1.20.59 del Contrato de Concesión suscrito establece que la “Inversión Complementaria” (dentro de la cual se encuentran la ICM y la ICA) no eximirá al Concesionario del *“cumplimiento de otros pagos, retribuciones o tributos”*. *Ello pues no[sic] se trata de conceptos equiparables.*
133. Como se puede observar de los argumentos antes citados, los mismos se encuentran orientados a sustentar que la ICA sería equiparable a la ICM, por lo que debería recibir el mismo tratamiento, es decir, ser incorporado en el cálculo del factor de productividad.
134. Al respecto, como se ha explicado previamente, de conformidad con la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, para el cálculo del stock de activos fijos, se debe considerar el valor que resulte de sumar los valores resultantes de los siguientes cálculos:
- (i) La anualidad del valor de la Inversión referencial establecida en las bases del concurso calculada a la tasa de descuento regulatoria que será fijada por 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.
 - (ii) Las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero.
135. Así, de conformidad con el supuesto (i) contemplado en dicha cláusula contractual, corresponde incluir la ICM en el cálculo del factor de productividad, pues la misma forma parte de la inversión referencial establecida en las bases del concurso. De acuerdo con el numeral 1.2.62 de las Bases

del Concurso se define al Presupuesto Estimado Oficial de Obra de la siguiente manera: “*Equivale a un costo referencial de USD 213 500 000 (Doscientos trece millones quinientos mil Dólares) sin incluir IGV, para la implementación e inicio de explotación del Nuevo Terminal de Contenedores y la implementación de las obras correspondientes a la Inversión Complementaria Mínima. Este presupuesto solo es aplicable a lo expresamente previsto en las presentes Bases.”²³*

136. Sin embargo, la ICA no se encuentra bajo el supuesto (i), pues el valor de la ICA no califica como parte de la inversión referencial establecida en las bases del concurso, toda vez que esta solo considera como tal a los montos necesarios para la implementación e inicio de explotación del Nuevo Terminal de Contenedores y la implementación de las obras desarrolladas por el Concesionario como parte de la Inversión Complementaria Mínima.
137. Asimismo, no se encuentra bajo el supuesto (ii), pues el valor de la ICA no califica como inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9, pues no implica un desarrollo de infraestructura adicional por parte de DPWC. Asimismo, la ICA no califica una inversión de DPWC que tenga derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, pues como se ha explicado previamente, de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, la ICA es la transferencia en dominio fiduciario del monto que ofreció DPWC como parte de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; y, en virtud de la Cláusula 8.1 el Concesionario recupera a través de la Explotación del TMS su inversión en Obras, siendo que la ICA no califica como una inversión de DPWC en Obras.
138. Siendo ello así, el monto transferido en dominio fiduciario por DPWC (ICA) no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos previstos en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.
139. Por tanto, si bien a juicio del Concesionario, la ICM y la ICA serían conceptos equiparables por diversas razones, respecto al punto en controversia (si la ICA debe o no incorporarse en el cálculo del factor de productividad), debe indicarse que, el Contrato de Concesión ha previsto un tratamiento diferenciado para ambos conceptos.
140. Ello, pues de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión corresponde incluir la ICM en el cálculo del factor de productividad. Sin embargo, de acuerdo con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, bajo la denominada ICA el Concesionario se limita transferir en dominio fiduciario el monto ofrecido en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; y, en virtud de la Cláusula 8.1, a través de la Explotación DPWC tiene derecho a recuperar sus inversiones en Obras; por lo que, no corresponde incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad, de modo que DPWC recupere el monto transferido por concepto de ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS.
141. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

III.2.5. Sobre que la ICA es una inversión solo para efectos tributarios

142. Según indica DPWC, en el Informe Final se ha reconocido que la ICA es una inversión y que DPWC tiene derecho a recuperarla; sin embargo, basado en su propia interpretación del Contrato de Concesión y de los antecedentes del mismo, para el Ositrán la calidad de inversión de la ICA y el derecho de DPW a recuperarla resulta aplicable para diversos fines, salvo para temas tarifarios y del cálculo del Factor de Productividad.
143. Al respecto, señala que, en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, DPWC hizo alusión a la respuesta que brindó el Estado Peruano, a través de Proinversión, a una consulta que se le formuló durante el proceso de promoción de la inversión privada sobre el tratamiento que se le daría a la Inversión Complementaria. Específicamente, la respuesta emitida por Proinversión mediante Circular N° 10 en la cual se indicó que, “*tal como [se había] definido, el Monto de Inversión Complementaria*” constituye “*un costo de la Concesión activable **como una inversión necesaria para la producción** pero que no implica un derecho de explotación de un activo fijo*”

²³ El monto total invertido bajo el concepto de ICM asciende a USD 17,2 millones, de los cuales USD 0,31 millones fueron invertidos con posterioridad a la puesta en servicio del segundo amarradero.

de propiedad del Estado de la República del Perú, aplicándose por consiguiente el plazo de amortización de intangibles del Inciso g) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta”.

144. DPWC cuestiona que, respecto a esa alegación realizada por el Concesionario durante el procedimiento de revisión tarifaria, en la resolución impugnada se señale que la ICA puede ser reconocida para fines tributarios como una inversión, pero no para fines regulatorios. Así, indica que en la resolución impugnada se ha señalado que, para efectos tributarios, la ICA puede ser tratada *“como si fuera”* un costo de producción, sin que ello determine su naturaleza ni su inclusión en el cálculo del Factor de Productividad²⁴.
145. Al respecto, el Concesionario señala, de acuerdo con el marco legal tributario, no sería posible otorgarle a la ICA el tratamiento de “inversión” o activo intangible amortizable en el tiempo para lograr un tratamiento tributario más beneficioso, si en realidad se tratara de un mero aporte.
146. En particular, hace referencia al principio de causalidad previsto en el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo No. 179-2004-EF (en adelante, TUO de la Ley IR), según el cual a efectos de determinar la renta de tercera categoría se pueden deducir aquellos *“gastos necesarios para producirla y mantener su fuente”*, así como *“los vinculados con la generación de ganancias de capital”*²⁵. Sobre ello, indica que lo que se busca es identificar aquellos costos o gastos que contribuyan a mantener la fuente productiva de las rentas a fin de descontarlos de la renta gravada. Es decir, no cualquier gasto ni cualquier concepto podría ser deducido para efectos del impuesto a la renta, solo se deberán considerar los gastos o costos necesarios y vinculados a la actividad económica desarrollada.
147. Asimismo, hace referencia al inciso g) del artículo 44 del TUO de la Ley del IR, señalando que el mismo reconoce que los activos intangibles son conceptos deducibles del impuesto a la renta. DPWC indica que, para tales efectos, los activos intangibles pueden amortizarse a fin de recuperar la pérdida del valor del bien durante su vida útil; y, que, de hecho, DPW ha venido aplicando esta regla en su contabilidad a fin de amortizar la ICA para efectos tributarios, sin que ninguna autoridad administrativa como SUNAT o el Ositrán lo hubieran cuestionado.
148. Además, alude al principio de realidad económica recogido en el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo No. 133-2013-EF (en adelante, Código Tributario), según el cual, la evaluación de los hechos que realice la autoridad administrativa debe considerar su *“verdadera esencia y naturaleza jurídica”*, en atención a las *“situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen”*. Según indica DPWC, de acuerdo con dicho principio, las partes de un contrato no podrían establecer que un concepto califica como una inversión deducible para fines tributarios si es que su naturaleza económica no es la de una inversión, costo o gasto necesario para la actividad económica y la fuente productiva de que se trate.
149. En línea con lo anterior, DPWC alega que, por la naturaleza de la ICA y la realidad económica que subyace a dicha inversión que, en respuesta a la consulta planteada durante el proceso de promoción de la inversión privada, Proinversión estableció que la ICA constituye *“un costo de la Concesión activable como una inversión necesaria para la producción (...) aplicándose por consiguiente el plazo de amortización de intangibles del Inciso g) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta”*.

²⁴ Al respecto, citan el siguiente texto del informe:

“530. (...) De ello, si bien desde el punto de vista tributario, la ICA puede ser tratada como si fuera un costo de producción, esto no significa que para fines regulatorios el tratamiento deba ser el mismo y deba ser incluida en el cálculo del Factor de Productividad. Como ya ha quedado indicado, la ICA es un aporte al que se comprometió el Concesionario en su calidad de postor del concurso y que fue además factor de competencia que le permitió adjudicarse la concesión.”

[Énfasis agregado]”

²⁵ Al respecto señala que, el Tribunal Fiscal ha establecido en el principio de causalidad implica que *“todo gasto debe ser necesario y vinculado a la actividad que se desarrolla, noción que debe analizarse considerando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad atendiendo a la naturaleza de las operaciones realizadas por cada contribuyente”*. Por tanto, no cualquier gasto ni cualquier concepto podría ser deducido para efectos del impuesto a la renta. Solo se deberán considerar los gastos o costos necesarios y vinculados a la actividad económica desarrollada.

150. Así, indica que, a diferencia de otros conceptos que podrían ser directamente deducidos para efectos del impuesto a la renta en el mismo período en que se generan, como la retribución al Concedente o cualquier otro concepto similar, en el caso de la ICA se estableció que el tratamiento que se le debía dar es el de un activo intangible y que se le aplicaría el plazo de amortización correspondiente; y no se estableció que el tratamiento que se le debía dar sería el de un “aporte”. De acuerdo con DPWC, en aplicación del principio de causalidad y de realidad económica, hubiera resultado ilegal calificar a la ICA como un aporte cuando su naturaleza es la de una inversión de largo plazo.
151. En base a los argumentos antes señalados, DPWC alega que resultaría erróneo afirmar, como se ha hecho en la resolución impugnada, que la ICA pueda ser tratada “como si fuera” un costo de producción o una inversión cuando en realidad no sería tal; y, por lo tanto, tampoco es cierto que la ICA sea una inversión “solo para efectos tributarios” y no para fines regulatorios.
152. Al respecto, cabe señalar que, en sus comentarios a la Propuesta Tarifaria del Ositrán, el Concesionario trajo a colación también la Circular N° 10 de Proinversión aludida en su recurso de reconsideración. Dichos argumentos fueron evaluados por el Regulador en el Informe Final cuyo texto se transcribe a continuación:

“Comentario de DWPC:

(...)

522. 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” aplicable.

523. 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.

Posición del Regulador

524. Respecto a este punto, es preciso señalar que, en la Propuesta Tarifaria del Ositrán no se excluyó la ICA debido a que la misma fue factor de desempate, como erróneamente señala el Concesionario.

525. En efecto, como se explicó en dicha Propuesta, la ICA constituye un monto ofertado por el Concesionario como componente de su propuesta económica, siendo su obligación transferirlo en dominio fiduciario, sin que el Concesionario se encuentre comprometido a realizar obra alguna con dicho monto, correspondiendo al fideicomiso administrar y destinar dicho monto a la ejecución de los trabajos listados en la Cláusula 9.2, en la prioridad que defina la APN. Considerando ello, el aporte que desembolsó el Concesionario por concepto de ICA no califica como una inversión del Concesionario que deba ser incorporada en el cálculo del factor de productividad. En este punto, es preciso reiterar que, la Cláusula 8.19 referida al cálculo del stock de activos fijos no ha considerado la inclusión de la ICA en el cálculo del factor productividad; asimismo, bajo el enfoque restringido aplicado por este Regulador, la ICA tampoco califica como un insumo que tenga relación directa con la prestación de servicios en el TMS; por lo que corresponde también descontar dicho monto de manera previa al cálculo del factor.

526. Ahora bien, el Concesionario sostiene que el Estado Peruano generó en los postores la expectativa de que el monto aportado por concepto de ICA sería recuperado durante la concesión. Para sustentar dicho argumento, manifiesta que, en atención a una consulta de los postores, en marzo de 2006 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” aplicable.

527. Al respecto, es preciso reiterar que, el Regulador no se encuentra en el marco de un procedimiento de interpretación contractual; por lo que no corresponde recurrir a los antecedentes a la suscripción de dicho contrato, como la Circular N° 10 a la cual hace referencia en este caso el Concesionario, debiendo ceñirse, por el contrario, a lo pactado por ambas partes (Estado y Concesionario) en el Contrato de Concesión.

528. Sin perjuicio de ello, es conveniente indicar que, tal como se mencionó en el informe de la primera revisión tarifaria del TMS, durante el proceso de promoción de la inversión privada, Proinversión respondió una consulta de los postores (Consulta N° 29 de la Circular N° 10) sobre el tratamiento que debía recibir el Monto de Inversión Complementario (hoy, Inversión Complementaria). En dicha oportunidad, Proinversión precisó que la Inversión Complementaria "constituye un costo de la Concesión 'activable' como una inversión necesaria para producción" (ver Figura N° 1).

Figura N° 1
ABSOLUCIÓN DE CONSULTA N° 29 EN LA CIRCULAR N° 10 DEL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DEL TMS

<p>Consulta N° 29: En la Circular 1 se crea la definición de Monto de Inversión Complementario.</p> <p>a. (i). Este concepto debe ser definido de manera a que pueda ser amortizado o depreciado tributariamente dependiendo de la naturaleza que se le dé.</p> <p>b. (ii). Debe por tanto cumplir con el requisito de causalidad establecido en la Ley de Impuesto a la Renta.</p> <p>c. (iii). Debe poder ser recuperado el IGV de ella derivado.</p> <p>d. De otra manera su efecto en el modelo económico es sustancial.</p> <p>Respuesta:</p> <p>Tal como está definido, el Monto de Inversión Complementario constituye un costo de la Concesión "activable" como una inversión necesaria para la producción pero que no implica un derecho de explotación de un activo fijo de propiedad del Estado de la República del Perú, aplicándose por consiguiente el plazo de amortización de intangibles del Inciso g) del Artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta; vale decir, de 1 a 10 años.</p>
--

Fuente: Libro Blanco - Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur. Circular N° 10.

529. Con relación a ello, debe precisarse que la respuesta por parte de Proinversión a la consulta que se efectuó en aquella ocasión tuvo como finalidad determinar, para fines estrictamente tributarios, cómo debía ser tratado el Monto de Inversión Complementaria a efectos que dicho concepto pueda ser amortizado o depreciado y constituir un "escudo tributario" para el pago del impuesto a la renta.

530. Ante ello, Proinversión señaló que para dichos fines, es decir, fines tributarios, la Inversión Complementaria constituye un costo que podía ser activable como si fuera una inversión necesaria para la producción, aplicándose el plazo de amortización de intangibles. De ello, si bien desde el punto de vista tributario, la ICA puede ser tratada como si fuera un costo de producción, esto no significa que para fines regulatorios el tratamiento deba ser el mismo y deba ser incluida en el cálculo del factor de productividad. Como ya ha quedado indicado, la ICA es un aporte al que se comprometió el Concesionario en su calidad de postor del concurso y que fue además factor de competencia que le permitió adjudicarse la concesión.

531. En ese sentido, aun cuando en el ámbito tributario la ICA pueda ser considerada como si fuera un costo de producción, y por ende es deducible del impuesto a la renta, ello no significa que para efectos del cálculo del factor de productividad, esto es, para fines económicos y tarifarios, dicho concepto deba ser tomado en cuenta.

(...)

534. Sin perjuicio que, como se ha mencionado previamente, el Regulador no está realizando una interpretación del Contrato de Concesión y, en consecuencia, no corresponde remitirse a los antecedentes de dicho contrato, considerando que el Concesionario alega que durante el proceso de promoción del TMS el Estado le habría generado la expectativa de que la ICA sería recuperada a través de la Explotación de la Concesión, recurriendo para tal efecto a la consulta 29 de la Circular N° 10 (referida a la forma en que debía ser tratada el Monto de Inversión Complementaria para fines tributarios); resulta pertinente mencionar que, a través de la Circular N° 13, Proinversión absolvió una consulta referida específicamente a la forma en que se retribuiría al Concesionario por las obras comunes ejecutadas con cargo a los recursos aportados al fideicomiso, señalando que dicho monto constituye una contraprestación a cargo del Concesionario por el otorgamiento del derecho de Concesión (ver Figura N° 2):

Figura N° 2
ABSOLUCIÓN DE CONSULTA N° 22 EN LA CIRCULAR N° 13 DEL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DEL TMS

CONSULTA N° 22

¿Como va a retribuir a Concesionario del Muelle Sur aquel que se beneficie de las inversiones para beneficio común Inversión Complementaria e Inversión Complementaria Adicional? Esta pregunta está aún por ser respondida.

Respuesta:

Las obras comunes serán ejecutadas a favor del Concedente, con cargo a los recursos aportados al fideicomiso, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, siendo parte de la contraprestación a cargo del Concesionario por el otorgamiento del derecho de Concesión.

Fuente: Libro Blanco - Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur. Circular N° 13."

153. Tal como se indicó en el Informe Final, y como se ha señalado en el presente informe, este Regulador no ha advertido cláusula oscura o ambigua que amerite el inicio de un procedimiento de interpretación contractual a efectos de decidir si corresponde o no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad. Por tanto, en la medida que no se ha iniciado un procedimiento de interpretación contractual ante la existencia de cláusula oscura o ambigua, no corresponde recurrir a los antecedentes a la suscripción del Contrato de Concesión, como es el caso de la Circular N° 10 a la cual hace referencia en este caso el Concesionario, debiendo ceñirse, por el contrario, a lo pactado por ambas Partes (Estado y Concesionario) en el Contrato de Concesión.
154. Sin perjuicio de ello, debe reiterarse también que, la respuesta por parte de Proinversión a la consulta que se efectuó en aquella ocasión tuvo como finalidad determinar, para fines estrictamente tributarios, cómo debía ser tratado el Monto de Inversión Complementaria a efectos que dicho concepto pueda ser amortizado o depreciado y constituir un "escudo tributario" para el pago del impuesto a la renta. Ante ello, Proinversión señaló que, para dichos fines, es decir, fines tributarios, la Inversión Complementaria constituye un costo que podía ser activable como si fuera una inversión necesaria para la producción, aplicándose el plazo de amortización de intangibles. De ello, si bien desde el punto de vista tributario, la ICA puede ser tratada como si fuera un costo de producción, esto no significa que para fines regulatorios el tratamiento deba ser el mismo y deba ser incluida en el cálculo del factor de productividad.
155. Sumado a lo anterior, considerando los argumentos formulados por DPWC en su recurso de reconsideración, resulta preciso recordar que las normas tributarias constituyen un ordenamiento jurídico especial que cuenta con principios y normas propias que le brindan cierta autonomía respecto de los demás ordenamientos del sistema jurídico nacional.²⁶ Esta autonomía avalada por su alto grado de especialidad, establece restricciones válidas y razonables respecto de la aplicación de las normas tributarias a supuestos no previstos de manera expresa en el texto de la norma.
156. En efecto, la Norma VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF (en adelante Código Tributario), prescribe lo siguiente:

"NORMA VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS

(...)

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de

²⁶ Sobre el particular, Francisco Ruiz de Castilla señala que: "si bien es cierto hoy en día la posición predominante se inclina a favor de la autonomía del derecho tributario, también es verdad que esta rama del derecho mantiene importantes lazos con su tronco original, el derecho administrativo". Derecho Tributario: Temas Básicos, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Lima 2017. pág. 90.

los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.”

157. Como se puede observar la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario establece con absoluta claridad que no resulta legalmente viable extender o extrapolar las disposiciones tributarias a supuestos distintos no previstos expresamente en la Ley tributaria. En tal sentido, resulta contrario al citado principio pretender, como lo hace el Concesionario, que por el solo hecho de que una norma tributaria haya calificado determinados gastos como inversión, dicha calificación deba ser extendida irreflexivamente a hechos o situaciones que escapen del ámbito de la norma tributaria.
158. En este orden de ideas, la afirmación contenida en el Informe Final, en el cual se señala que, si bien la ICA puede ser reconocida para fines tributarios como un costo de producción, pero ello no implica que deba tener la misma calificación para fines regulatorios, resulta congruente con la prohibición de aplicar disposiciones tributarias a supuestos distintos a los señalados en la propia norma tributaria.
159. Asimismo, en cuanto a las referencias a las disposiciones de carácter tributario que hace DPWC en su recurso de reconsideración, sobre la determinación de la renta de tercera categoría previsto en el artículo 37 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta y al principio de realidad económica que se deriva de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario; en línea con lo antes señalado, debe indicarse que al ser disposiciones de naturaleza específica para fines tributarios no pueden ser extendidos, por regla del propio Código Tributario, al ámbito de la regulación tarifaria, la cual cuenta con reglas, principios y objetivos distintos.
160. En tal sentido, los argumentos del Concesionario que buscan equiparar conceptos tributarios al ámbito de la regulación tarifaria, así como cuestionar la decisión del Regulador de no extender supuestos del ámbito tributario al ámbito del procedimiento de revisión tarifaria, carecen de sustento legal.
161. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

III.2.6. Sobre que la ICA se recupera solo en escenarios de caducidad

162. De acuerdo con lo señalado por DPWC, el esquema contractual contenido en la Cláusula 15 del Contrato de Concesión 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, si por alguna causal, el Concesionario no pudiera ejercer dicho derecho hasta el fin del plazo de la concesión, el Estado Peruano lo debe indemnizar.
163. Según indica DPWC, no sería ni admisible ni compatible con el Contrato de Concesión que la ICA se recupere solo en escenarios de caducidad y no durante la Explotación del TMS. Ello, se encontraría en línea con el principio del recupero de la inversión al cual se refirió Proinversión²⁷ durante el proceso de concesión determina 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”*.
164. De acuerdo con el Concesionario, en el Informe Final impugnada se habría interpretado el Contrato de Concesión, concluyéndose que los montos que se reconozcan por concepto de ICA en caso de caducidad no están orientados a compensar al Concesionario, sino que responderían a simples *“cuotas mensuales”* que el Contrato ordena pagar²⁸.

²⁷ Sobre ello, hace referencia al Informe No. 017-2006/JS-CI de Proinversión.

²⁸ Al respecto, haciendo alusión al informe, cita el siguiente texto:

*“491. (...) los montos a reconocer por ICA luego de la caducidad no están orientados a compensar al Concesionario por lo que deje de percibir producto de la Explotación del TMS, sino que están circunscritos al pago de cuotas mensuales establecidas como consecuencia del cálculo del PMA y que se pagan por el periodo que va desde la caducidad y la fecha de vencimiento del plazo de la Concesión.
(...)*

165. DPWC señala que, desde un punto de vista jurídico y económico, 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 lo contrario, a juicio de DPWC, no existiría razón para que el Estado Peruano le devuelva al Concesionario parte de los montos de la ICA. En esa línea sostiene que, si se tratara de un mero aporte o contraprestación como se ha señalado en el Informe Final, el Estado Peruano no tendría por qué reconocer cuota o pago alguno por dicho concepto.
166. Al respecto, cabe señalar que, durante el procedimiento de revisión tarifaria, el Concesionario trajo a colación esta Cláusula Contractual sobre Caducidad a efectos de sustentar su posición respecto a que tiene derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas que cobra durante la Explotación del TMS. Dichos argumentos fueron abordados en el Informe Final (párrafos 471 a 509), a continuación, se transcribe un extracto del análisis efectuado en dicho informe:

“Comentario de DPWC

471. *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.*
472. *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 (CPAME) [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, desde el momento de la caducidad hasta el final del plazo inicialmente estipulado”*
473. *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.*
474. *En cualquier escenario de caducidad, el Concesionario tiene derecho a recuperar la ICA bajo “el principio del recupero económico de la inversión” que el propio Estado consideró durante la evaluación del concurso (Informe No. 017-2006/JS-CI -“Informe Proinversión”).*

Posición del Regulador

475. *Con relación al comentario que ha formulado el Concesionario relativo al tratamiento de la ICA en un escenario de caducidad, a continuación, se presenta un análisis de carácter contractual y económico:*

508. *Sin embargo, el hecho que se realice un reconocimiento en un supuesto de caducidad no implica que exista un vínculo con reconocer este monto como una inversión para fines del factor de productividad. En los casos de inversión en infraestructura portuaria, ICM y Obras, el Contrato de Concesión establece claramente sus mecanismos de recuperación vía tarifaria y su mecanismo de reconocimiento en las cláusulas de caducidad. **En el caso de la ICA, sólo está expresamente señalado el mecanismo de caducidad.***

[Énfasis agregado]”

El Concesionario indica que, de una revisión del Contrato, es posible identificar lo siguiente:

- *La Cláusula 15.2 establece que el “incumplimiento por causa imputable a una de las Partes dará derecho a la Parte afectada a resolver el Contrato y **exigir la indemnización por daños y perjuicios conforme al procedimiento de liquidación** descrito en la presente Sección”.*
- *El procedimiento de liquidación se encuentra regulado a partir de la Cláusula 15.16 del Contrato y establece que dicha liquidación se realizará obteniendo el Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de caducidad (“PMA”)”, conforme a lo establecido en las Cláusulas 15.3, 15.4, 15.5, 15.7 o 15.9, según corresponda.*
- *Las referidas cláusulas (15.3, 15.4, 15.5, 15.7 o 15.9) establecen los montos que se deben reconocer por ICA en caso de caducidad, dependiendo de si la terminación del contrato se produce ante del inicio de la construcción, durante la etapa de construcción o luego de iniciada la explotación con dos amarraderos.*
- *Según la Cláusula 15.11, “producida la caducidad de la concesión, la actividad del CONCESIONARIO cesa y se extingue su **derecho de explotar** la Infraestructura Portuaria”.*
- *Por tanto, lo que se reconozca a través del procedimiento de liquidación y del PMA en cualquier supuesto de caducidad (incluida la ICA) **tiene efectos indemnizatorios.***

Análisis contractual

476. Al respecto, se debe tener presente que la sección 1.20.21 del Contrato de Concesión define la Caducidad de la Concesión como su extinción por las causales previstas en el Contrato de Concesión o en las leyes y disposiciones aplicables.
477. La sección 15.1 contiene las causales de caducidad del Contrato de Concesión, indicando que el mismo sólo podrá declararse terminado frente la ocurrencia de alguna de las causales listadas en dicha sección. Dichas causales incluyen tanto la caducidad por el propio vencimiento del plazo de la Concesión, como otros supuestos como el término por mutuo acuerdo, por el incumplimiento o abandono del Concesionario, o por el incumplimiento o decisión unilateral del Concedente.
478. Entre otros efectos, la caducidad de la Concesión genera la obligación del Concedente de reconocer al Concesionario una suma de dinero que en ningún caso podrá ser mayor al Presupuesto Máximo Aprobado ("PMA") para efectos de la Caducidad de la Concesión. En efecto, conforme con las secciones 15.16 a 15.19 del Contrato de Concesión, producida la Caducidad de la Concesión – cualquiera sea el motivo – se debe proceder a calcular el PMA para efectos de la Caducidad de la Concesión y, en un plazo no mayor a un año de ocurrida, el Concedente deberá pagar a los Acreedores Permitidos el saldo del Endeudamiento Garantizado Permitido, hasta el límite del PMA. Cualquier diferencia positiva entre el PMA para efectos de la caducidad de la Concesión y el importe pagado a los Acreedores Permitidos, será pagado por el Concedente al Concesionario.
479. El Contrato de Concesión establece en sus secciones 15.3 a 15.5 la metodología aplicable a efectos de determinar el PMA, según la etapa del Contrato de Concesión en la que se genere la Caducidad de la Concesión. La sección 15.5 del Contrato de Concesión regula la forma en que debe calcularse el PMA en aquellos casos en que la caducidad se produzca luego de iniciada la explotación del TMS con dos amarraderos. A continuación se analizará en detalle la sección 15.5 del Contrato de Concesión.

(i) Sección 15.5, numeral (i)

La Sección 15.5, numeral (i) del Contrato de Concesión establece textualmente lo siguiente:

"Si la caducidad se produce iniciada la Explotación con dos amarraderos, para el cálculo del PMA se procederá de la siguiente manera:

- (i) *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) (...)"*

[El subrayado es agregado.]

480. El numeral (i) de la sección 15.5 bajo comentario establece cómo debe calcularse el PMA aplicable al periodo comprendido entre el inicio de la Concesión y la fecha en que se inicie la explotación del TMS con dos amarraderos. A dicho PMA el numeral (i) de la sección 15.5 lo denomina el "PMA al inicio de la Explotación" o "PMA_E".
481. Para la determinación de dicho PMA_E, el numeral (i) de la sección 15.5 señala que debe aplicarse el procedimiento descrito en las secciones 15.3 y 15.4 del Contrato de Concesión. La sección 15.3 regula la forma de calcular el PMA correspondiente a cada aporte de la ICA efectuado por el Concesionario desde el otorgamiento de la Concesión y hasta el inicio de la construcción del TMS ("PMA_{ICA}"), mientras que la sección 15.4, establece la forma de calcular el PMA correspondiente a las inversiones realizadas desde el inicio de la construcción del TMS y hasta el inicio de su explotación con dos amarraderos ("PMA_{INV}"). De acuerdo con la parte final del numeral (i) de la sección 15.5, la suma del PMA_{ICA} y del PMA_{INV} constituirá el Presupuesto Máximo Aprobado correspondiente al periodo previo al inicio de explotación con dos amarraderos del TMS ("PMA_E").

- El PMA vinculado con la ICA aportada por el Concesionario entre el otorgamiento de la Concesión y la fecha de inicio de explotación con dos amarraderos (PMA_{ICA}):

De la revisión de la sección 15.3, a la cual remite el numeral (i) de la sección 15.5, es claro que para calcular el PMA_{ICA} se tomarán en cuenta, única y exclusivamente, los montos efectivamente invertidos entre el otorgamiento de la Concesión y la fecha de inicio de la explotación con dos amarraderos del TMS.

Cabe indicar que, entre la fecha de otorgamiento de la Concesión y el inicio de la explotación con dos amarraderos, el Concesionario solo debía efectuar un único abono por concepto de la ICA comprometida, por el importe de US\$ 10'000,000.00 (diez millones y 00/100 Dólares Americanos).

Por tanto, para efectos de determinar el PMA correspondiente a la ICA abonada previo al inicio de la explotación con dos amarraderos (la "PMA_{ICA}"), deberá aplicarse la siguiente fórmula considerando como "ICA_i" al único aporte de US\$ 10'000,000.00 (diez millones y 00/100 Dólares Americanos) efectuado por el Concesionario por concepto de la ICA previo al inicio de explotación con dos amarraderos y como "n" al número de meses comprendido entre aquel en que se hizo el abono del único aporte y, en aplicación de lo indicado en el numeral (i) de la sección 15.5, la fecha de inicio de explotación con dos amarraderos del TMS. Por su parte, de acuerdo con la Sección 1.20.92 del Contrato de Concesión, la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad será (i) la tasa Libor más 3%, cuando la Caducidad de la Concesión se produzca por incumplimiento del Concesionario o abandono; o (ii) un costo del capital promedio ponderado (WACC) equivalente a 0.911% mensual, para todos los demás casos de caducidad:

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

Donde:

PMA_{ICA} : Es el 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 : Es la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad aplicable

n : Es el número de meses entre la fecha del depósito y la fecha de caducidad.

Teniendo en cuenta la metodología de cálculo descrita, el PMA_{ICA} no es otra cosa que el resultado de ajustar por costo del capital en el tiempo el monto efectivamente aportado por el Concesionario por concepto de la ICA antes del inicio de la explotación. Dicho ajuste se efectúa, conforme con el numeral (i) de la sección 15.5, desde la fecha en que se efectúa el aporte de la ICA y hasta la fecha de inicio de la explotación con dos amarraderos.

- El PMA vinculado con las inversiones en construcción realizadas hasta el inicio de la explotación con dos amarraderos (PMA_{INV}):

A diferencia del PMA_{ICA}, el PMA regulado en el numeral (ii) de la sección 15.5, denominado "PMA_{INV}", está asociado, exclusivamente, a las inversiones efectuadas por el Concesionario en la construcción del TMS hasta la fecha de inicio de explotación con dos amarraderos.

De acuerdo con el numeral (vi) de la sección 15.4 del Contrato de Concesión, el PMA_{INV} es el resultado de sumar los PMA correspondientes a cada una de las valorizaciones trimestrales por avance de obra ("VAO") aprobadas por el OSITRAN. Conforme con los numerales (iii) y (iv) de la sección 15.4, para efectos de establecer el PMA de cada valorización trimestral, el OSITRAN determinará el porcentaje de avance de obra que la respectiva valorización trimestral representa con respecto al Presupuesto de Obra presentado por el Concesionario en su Expediente Técnico. Para determinar el PMA de la respectiva valorización trimestral, se multiplicará el porcentaje de avance de obra determinado por OSITRAN, por el presupuesto referencial de US\$155'000,000.00.

Conforme con la fórmula detallada en el numeral (vi) de la sección 15.4, cada uno de los PMA de cada valorización trimestral de avance de obra que sean determinados conforme con el párrafo anterior también deberán ser ajustados por el costo del capital en el tiempo hasta la fecha de inicio de explotación con dos amarraderos, mediante la aplicación de la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad. La suma de todos los PMA ajustados, constituirá el PMA_{INV}:

$$PMA_{INV} = \sum_i^k PMAT_i * (1 + r)^n$$

Donde:

- PMA_{INV} :Es el Presupuesto Máximo Aprobado por concepto de inversión en infraestructura portuaria.
 PMAT_i : Es el PMA de cada Valorización Trimestral, desde el primer trimestre de construcción (i=1) hasta el trimestre de conclusión de la construcción (i=k)
 r : Es la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad aplicable.
 n : Es el número de meses entre la cada Valorización Trimestral y la fecha de caducidad.

(ii) Sección 15.5, numeral (ii)

482. Una vez calculado el PMA_E (PMA_{ICA} + PMA_{INV}), el numeral (ii) de la sección 15.5 del Contrato de Concesión señala que dicho PMA_E, ajustado nuevamente hasta la fecha de vencimiento de la Concesión por el costo del capital en el tiempo (Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad), debe ser calculado en función del número de meses comprendidos entre la fecha de inicio de explotación con dos amarraderos y la fecha de vencimiento de la Concesión, con el fin de obtener una cuota mensual del PMA_E. Dicha cuota mensual se calcula conforme con la siguiente fórmula:

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

Donde:

- CPMA_E :Es la cuota mensual equivalente del PMA_E
 PMA_E :Es el PMA en la fecha de inicio de la Explotación
 r :Es la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad aplicable
 n :Es el número de meses entre el inicio de la explotación con dos amarraderos y el plazo total de la Concesión.

483. El objetivo de este numeral es prorratear el valor, ajustado por el costo de capital en el tiempo, correspondiente a todo lo invertido por el Concesionario antes del inicio de la explotación con dos amarraderos (tanto por concepto de la ICA como por construcción) entre el número de meses existente entre la fecha de inicio de la explotación con dos amarraderos y la fecha de vencimiento de la Concesión.

(iii) Sección 15.5, numeral (iii)

484. El numeral (iii) de la sección 15.5 del Contrato de Concesión, al igual que el numeral (ii) de la misma sección, pretende prorratear el valor, ajustado por el costo de capital en el tiempo, asignado a “cada uno de los aportes al ICA que se realicen posteriormente al inicio de la Explotación con dos amarraderos” entre el número de meses entre la fecha de inicio de la explotación con dos amarraderos y la fecha de vencimiento de la Concesión.

485. La fórmula aplicable para determinar la cuota mensual que corresponde a cada uno de los depósitos de la ICA efectuados con posterioridad al inicio de explotación es la misma que la indicada en el punto precedente, con la diferencia de que el elemento “n” será el número de meses entre la realización del respectivo depósito de la ICA y el plazo de vencimiento de la Concesión.

(iv) Sección 15.5, numeral (iv)

486. Finalmente, el numeral (iv) de la sección 15.5 del Contrato de Concesión, establece que, ocurrida una caducidad con posterioridad al inicio de la explotación con dos amarraderos, el PMA aplicable será el resultado de sumar: (i) el valor presente de todas las cuotas mensuales por concepto de inversiones y depósitos al ICA realizados antes de la fecha de

inicio de explotación con dos amarraderos ($CPMA_E$) que hayan quedado pendientes de cubrir entre la fecha de caducidad y el plazo de vencimiento de la Concesión; y (ii) con respecto a cada aporte a la ICA efectuado luego del inicio de explotación con dos amarraderos, el valor presente de todas las cuotas mensuales que con respecto a cada aporte a la ICA hayan quedado pendientes de cubrir entre la fecha de caducidad y el plazo de vencimiento de la Concesión.

487. Lo anterior está reflejado en la fórmula siguiente:

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

Donde:

PMA :Es el Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de caducidad
 $CPMA_E$:Es la Cuota mensual equivalente del PMA_E
 $CICA_i$:Es la 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 :Es la Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad
 n : Es el número de meses entre la caducidad y el plazo total de la Concesión

488. Con base en el análisis efectuado líneas arriba, se puede concluir que el razonamiento detrás del procedimiento de cálculo del PMA para supuestos de caducidad ocurridos con posterioridad al inicio de explotación con dos amarraderos, consiste en asignarle un valor a toda la inversión y aportes a la ICA efectuados por el Concesionario antes del inicio de dicha explotación, así como a todos los aportes a la ICA efectivamente realizados con posterioridad al inicio de la explotación, y prorratear mensualmente ese valor a lo largo de todo el periodo comprendido entre el inicio de la explotación del TMS y la fecha de vencimiento de la Concesión.

489. En ese sentido, en caso de caducidad de la Concesión, el importe que se reconocerá al Concesionario por concepto de PMA será únicamente el importe de las cuotas mensuales que corresponden al periodo comprendido entre la fecha de ocurrencia de la caducidad y la fecha de vencimiento de la Concesión. De esta manera, a través del PMA – que se aplica exclusivamente en caso de caducidad-, el Concedente reconoce la inversión en construcción y el desembolso de la ICA, ajustados por el costo del capital a través del tiempo, efectivamente realizados por el Concesionario.

490. En razón de ello, dado que el procedimiento para el cálculo del PMA toma en consideración tanto la ICA abonada por el Concesionario antes de dicha fecha (US\$10'000,000.00), como todos aquellos aportes de la ICA que hubiesen sido efectivamente abonados con posterioridad al inicio de explotación y hasta la fecha en que se produjo la caducidad, se considera que, efectivamente, a través del reconocimiento del PMA el Concesionario recuperará aquella parte del valor de la inversión reconocida a éste en la construcción del TMS, así como la ICA efectivamente desembolsada por el Concesionario, que es atribuible a los meses durante los cuales el Concesionario no podrá continuar operando la Concesión como consecuencia de la caducidad (es decir, por los meses entre la ocurrencia de la caducidad y la fecha de vencimiento de la Concesión), tanto antes del inicio de la explotación, como posteriormente.

491. Del análisis efectuado, se advierte que el Contrato de Concesión le otorga al Concesionario el derecho a que se le reconozca – en un escenario de caducidad-, el monto de la ICA desembolsado, no obstante, el referido instrumento contractual establece parámetros claros a efectos de efectivizar tal derecho. En principio, el Contrato le reconoce al Concesionario que, en un escenario de caducidad, el Concedente le devolverá el monto pagado por concepto de ICA, pero limita tal pago a las cuotas fijas mensuales por PMA correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de ocurrencia de la caducidad y la fecha de vencimiento de la Concesión. Dichas cuotas, como se ha visto, se calculan en base a criterios fijados contractualmente que se aplican en un escenario en el que el concesionario ya no cuenta con el derecho de explotar la concesión como consecuencia de la ocurrencia de un evento de caducidad. Dicho de otro modo, los montos a reconocer por ICA luego de la caducidad no están orientados a compensar al Concesionario por lo que deje de percibir producto de la Explotación del TMS, sino que están circunscritos al pago de cuotas mensuales establecidas como consecuencia del cálculo del PMA y que se pagan por el periodo que va desde la caducidad y la fecha de vencimiento del plazo de la Concesión.

492. *Entonces, contrariamente a lo que sostiene DPWC, el reconocimiento de la ICA a favor del Concesionario en un escenario de caducidad, no implica que la ICA deba ser recuperada por el Concesionario mediante el cobro de Tarifas durante la Explotación del TMS (por ende, no implica que sean reconocidos en el cálculo del factor de productividad). (...)*”

[Notas a pie de página omitidos]

167. En línea con lo señalado en el Informe Final, debe indicarse que, la afirmación que hace el Concesionario en su recurso de reconsideración en el sentido que la Cláusula 15 del Contrato de Concesión le reconoce el derecho a recuperar el ICA a través de las tarifas que cobra durante la Explotación de la Concesión, no es correcta. Ello, pues la referida cláusula reconoce los desembolsos efectuados por concepto de ICA en un escenario de Caducidad de la Concesión, sin hacer ninguna referencia a que DPWC tenga derecho a recuperar los desembolsos efectuados por concepto de ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS.
168. De manera similar a los argumentos que formuló en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, en su recurso de reconsideración el Concesionario señala que, “*no resultaría admisible ni compatible con lo establecido en el Contrato señalar que la ICA sólo se recupera en supuestos de caducidad y no a través de la explotación de la concesión*”. Si bien el Concesionario argumenta que lo anterior no sería admisible ni lógico, lo cierto es que, la Cláusula 15 del Contrato de Concesión no establece el derecho del Concesionario a recuperar el monto transferido por concepto de ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS. Sin perjuicio de ello, como se ha indicado previamente, la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece que, a través de la Explotación del TMS, el Concesionario recuperará sus inversiones en Obras, siendo que la ICA no califica como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67.
169. En esa misma línea, en cuanto al argumento que ha formulado DPWC en el sentido que si la ICA se tratara únicamente de un aporte o contraprestación no existiría razón alguna para que el Estado Peruano le devuelva los montos aportados en un escenario de Caducidad; debe reiterarse que, la ICA, por definición, es la transferencia en dominio fiduciario que realiza DPWC del monto que ofreció en su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido, tal como se establece en la Cláusula 1.20.59; y, conforme se ha explicado en los párrafos previos, de acuerdo con la Cláusula de Caducidad aludida por el Concesionario, el Estado le reconoce los desembolsos efectuados por concepto de ICA exclusivamente en escenarios de Caducidad de la Concesión.
170. En conclusión, debe indicarse que, de acuerdo con la Cláusula 15 del Contrato de Concesión el Concesionario tiene el derecho a que se le reconozca la ICA estrictamente en un escenario de Caducidad de la Concesión, de acuerdo con las reglas previstas en dicha cláusula. La Cláusula 15 no establece que el Concesionario tenga derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS.
171. En esa línea, las reglas previstas en la Cláusula 15 para el reconocimiento de la ICA resultan aplicables en un escenario de Caducidad de la Concesión, no siendo pertinentes para la determinación del factor de productividad en base al cual se establecen las tarifas que cobrará el Concesionario durante la Explotación del TMS. Al respecto, debe quedar claro que este Regulador no ha sustentado su decisión de excluir la ICA del cálculo del factor de productividad en las disposiciones contenidas en la Cláusula 15 sobre Caducidad.
172. En efecto, en el Informe Final, así como en el presente documento, este Regulador ha evaluado la Cláusula 15 del Contrato de Concesión, pues durante el procedimiento de revisión tarifaria, así como a través de su recurso de reconsideración, DPWC ha alegado dicha cláusula con el objetivo de sustentar que tiene derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas que cobra durante la Explotación del TMS; sin embargo, como se ha indicado previamente, dicha cláusula contractual no establece este derecho que alega el Concesionario, por lo que carece de fundamento contractual esta alegación de DPWC.
173. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

III.2.7. Sobre la exclusión de la ICA en el marco de la primera revisión tarifaria del TMS

174. DPWC cuestiona que, durante el presente procedimiento de revisión tarifaria, el Regulador haya señalado de manera reiterada que se excluye la ICA del cálculo del factor de productividad, de manera similar a la primera revisión tarifaria. Según indica DPWC, el Regulador tendría una lectura errónea del principio de predictibilidad, pues el mismo no impide a las autoridades apartarse de sus criterios anteriores, más aún cuando en este caso -a juicio de DPWC- el criterio empleado en la revisión tarifaria anterior fue incorrecto²⁹.
175. Asimismo, DPWC cuestiona que en la resolución impugnada se resaltara que la decisión que el Regulador adoptó en la revisión tarifaria anterior no fuera posteriormente cuestionada por el Concesionario en la vía judicial, pues la ausencia de ello no limita en modo alguno el derecho de contradicción que tiene en el presente procedimiento de revisión tarifaria, ni debe ser entendido como una aceptación de la posición adoptada en la primera revisión tarifaria. Además, menciona que, DPWC cuestionó la decisión del Regulador en la vía administrativa e, incluso, inició un procedimiento de trato directo al amparo de la Cláusula 11. 6 del Contrato de Concesión, con el fin de buscar una solución amigable sobre la controversia surgida y los efectos contractuales de la decisión adoptada por el Ositrán.
176. Al respecto, cabe señalar que, en efecto, el principio de predictibilidad contemplado en el TUO de la LPAG habilita a las autoridades administrativas a apartarse de sus criterios previos, debiendo sustentarse las razones por las que decide apartarse de los mismos. Sin embargo, en el presente caso, de manera similar a la revisión tarifaria anterior, este Regulador considera que corresponde excluir la ICA del cálculo del factor de productividad de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión.
177. Asimismo, en cuanto a lo que señala el Concesionario respecto a que en el Informe Final se resalta que DPWC no cuestionara la decisión que adoptó el Regulador en el marco de la revisión tarifaria anterior -respecto a no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad- debe indicarse que, ese hecho no fue resaltado en el Informe Final, sino que se mencionó únicamente como una cuestión netamente fáctica, conforme se aprecia a continuación:

“844. Sin perjuicio de ello, y dada las alegaciones que ha realizado DPWC relativas a la interpretación del Contrato de Concesión, debe indicarse que, en la Propuesta Tarifaria del Ositrán se excluyó el monto de la ICA del cálculo del factor de productividad, en aplicación de lo expresamente pactado por las Partes en el Contrato de Concesión, sin que este Regulador haya advertido en el Informe Conjunto de Inicio, ni en la mencionada Propuesta, la existencia de una cláusula ambigua u oscura que requiera ser previamente interpretada para resolver dicho aspecto (en el marco de un procedimiento de interpretación contractual). Cabe señalar también que, el Concesionario tampoco ha hecho referencia en el procedimiento a la existencia de una cláusula ambigua u oscura que requiera ser objeto de interpretación a efectos de determinar si el monto de la ICA debe ser incorporada o no en el cálculo del factor de productividad.

*845. En cuanto a este punto, es oportuno mencionar que, en el marco del primer procedimiento de revisión tarifaria de DPWC, también fue materia de discusión la exclusión del monto de la ICA del cálculo del factor de productividad. Como se indicó en dicha oportunidad, a efectos de determinar si correspondía o no excluir el monto de la ICA del cálculo del factor de productividad, no se identificó (de oficio, o porque DPWC lo hubiera sustentado así) la existencia de alguna cláusula oscura o ambigua que requiera ser previamente objeto de interpretación. Así, de acuerdo con lo resuelto por el Regulador en el primer procedimiento de revisión tarifaria, la exclusión del monto de la ICA del cálculo del factor de productividad, fue resultado de aplicar el texto expresamente pactado por las Partes en el Contrato de Concesión. **Cabe mencionar que, dicha decisión del Regulador no fue posteriormente cuestionada por el Concesionario en la vía judicial.**”*

178. Como se puede observar del texto antes transcrito, en el Informe Final se mencionó que ni en el Informe Conjunto de Inicio ni en la Propuesta Tarifaria del Ositrán se advirtió la existencia de cláusula oscura ambigua que tuviera que interpretarse a efectos de decidir si debe o no

²⁹ Sobre este punto, señala que en la revisión tarifaria anterior el Regulador decidió excluir la ICA del cálculo del factor de productividad, a pesar de que nada en el Contrato de Concesión ni en sus antecedentes ampara la decisión de no reconocer como inversión aquello que las Partes denominaron como tal, y cuya naturaleza económica fue reconocida y confirmada durante el proceso de promoción de la inversión privada.

incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad. Asimismo, se mencionó que, en la revisión tarifaria anterior, este aspecto sobre si se debe o no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad también fue un punto controvertido en dicho procedimiento; y, que en dicha oportunidad, el Regulador decidió excluir la ICA del cálculo del factor de productividad considerando el texto expresamente pactado por las Partes en el Contrato de Concesión, sin que se advierta tampoco en dicho procedimiento (de oficio o porque DPWC lo hubiera sustentado así), la existencia de cláusula oscura o ambigua que requiera ser interpretado de manera previa a decidir sobre ese aspecto controvertido. En ese contexto, se mencionó que dicha decisión de Regulador no fue posteriormente cuestionada en la vía judicial.

179. Resulta claro que, si bien el Concesionario podría haber cuestionado en la vía judicial la decisión que adoptó el Regulador en el marco de la revisión tarifaria anterior, ello no impedía al Concesionario formular en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria los argumentos que estimara pertinentes. Tal es así que, durante el presente procedimiento, el Concesionario ha formulado diversos argumentos con el objetivo que se incorpore la ICA en el cálculo del factor de productividad objeto del presente procedimiento, cada uno de los cuales ha sido debidamente evaluado por el Regulador tanto en la Propuesta Tarifaria del Ositrán, en el Informe Final, y en el presente informe emitido con motivo del recurso de reconsideración parcial interpuesto por DPWC, en el que precisamente cuestiona la exclusión de la ICA del cálculo del factor de productividad
180. Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, corresponde **desestimar** los argumentos formulados por DPWC evaluados en este acápite.

IV. CONCLUSIONES

181. A partir del análisis efectuado en el presente informe se concluye lo siguiente:

- (i) En el Informe Final no se ha realizado una interpretación del Contrato de Concesión a efectos de determinar si corresponde o no incluir la ICA en el cálculo del factor de productividad. La determinación respecto a que corresponde excluir la ICA del cálculo del factor de productividad se sustenta en el texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión.
- (ii) La Cláusula 8.19 de Contrato de Concesión establece que, para propósitos del cálculo del factor de productividad, en el caso específico del stock de activos fijos netos debe utilizarse el valor que resulte de sumar los resultados de los siguientes cálculos: (i) la anualidad del valor de la inversión referencial calculada a la tasa de descuento regulatoria; y, (ii) las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero. El valor de la ICA no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en dicha cláusula contractual.

En efecto, la ICA no se encuentra bajo el supuesto (i) de la Cláusula 8.19 pues no califica como parte de la inversión referencial establecida en las bases del concurso, toda vez que esta solo considera como tal a los montos necesarios para la implementación e inicio de explotación del Nuevo Terminal de Contenedores y la implementación de las obras desarrolladas por el Concesionario como parte de la Inversión Complementaria Mínima.

Asimismo, no se encuentra bajo el supuesto (ii), pues el valor de la ICA no califica como inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9, dado que no implica un desarrollo de infraestructura adicional por parte de DPWC. Asimismo, la ICA no califica una inversión de DPWC que tenga derecho a recuperar a través de la Explotación del TMS, pues de conformidad con las Cláusulas 1.20.59, 9.1 y 9.2, la denominada ICA no es otra cosa que la transferencia en dominio fiduciario del monto que ofreció DPWC como parte de su Propuesta Económica a un patrimonio fideicometido; y, en virtud de la Cláusula 8.1 el Concesionario recupera a través de la Explotación del TMS su inversión en Obras, siendo que la ICA no califica como una inversión de DPWC en Obras.

- (iii) De conformidad con el artículo 1361 del Código Civil, “*se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”. En el presente caso, la determinación respecto a que no corresponde incluir la ICA en el cálculo del factor de productividad obedece al texto expresamente plasmado en el Contrato de Concesión. No se ha inferido una regla ante la ausencia de regulación como erróneamente ha alegado DPWC.
- (iv) Por el contrario, DPWC ha desarrollado diversos argumentos para sustentar que debe incorporarse el valor de la ICA en el cálculo del factor de productividad, los cuales carecen de sustento contractual:
- Así, ha alegado que, en virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión tendría derecho a recuperar la ICA a través de la Explotación del TMS, pues los trabajos que se han financiados con la ICA calificarían como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, pues son utilizados por el Concesionario a través de sus usuarios.

Para sostener ello, ha señalado que la Cláusula 1.20.69 reconoce la existencia de Obras Exteriores; y, por ello, dichos trabajos califican como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, pues DPWC utiliza a través de sus usuarios los trabajos desarrollados con el monto transferido por concepto de ICA.

Sobre ello, como se señaló en el Informe Final, los trabajos ejecutados con el monto transferido por concepto de ICA no califican como Obras Exteriores, pues estas últimas se encuentran referidas a obras ejecutadas por el Concesionario, lo cual no ocurre con los trabajos realizados con cargo a la ICA. A pesar de que, el Concesionario no ha formulado ningún cuestionamiento concreto sobre esta conclusión del Informe Final, ha reiterado que el Contrato de Concesión reconoce la existencia de Obras Exteriores para argumentar que los trabajos financiados con la ICA califican como Obras; y, por tanto, tendría derecho a recuperar el valor de la ICA a través de la Explotación del TMS. Sobre este punto, debe reiterarse que los trabajos desarrollados con cargo a la ICA no califican como Obras Exteriores de conformidad con el Contrato de Concesión.

Asimismo, respecto a que los trabajos realizados con el monto transferido por concepto de ICA califican como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, debe reiterarse que dicha cláusula establece textualmente que califican como Obras los bienes utilizados por el Concesionario para la operación, Prestación Exclusiva de los Servicios y la Conservación de los Bienes de la Concesión; por lo que, carece de fundamento contractual lo que indica el Concesionario respecto a que los trabajos desarrollados con cargo a la ICA califican como Obras en los términos de la Cláusula 1.20.67, pues son utilizados por DPWC a través de sus usuarios; y, que por ello, tendría derecho a recuperar la ICA a través de la Explotación del TMS en virtud de la Cláusula 8.1.

Además, debe destacarse que, para fundamentar que utiliza los trabajos ejecutados con el monto de la ICA, DPWC ha alegado que pone a disposición de sus usuarios dichos trabajos para la prestación de servicios en el TMS. Cabe indicar que esta misma alegación fue planteada por el Concesionario durante el procedimiento y, por ende, fue abordada en el Informe Final.

En dicho informe se señaló que, en virtud del Contrato de Concesión se otorgó en Concesión al Concesionario, el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur; y, que, de conformidad con la Cláusula 1.20.48, la Explotación comprende la operación y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, así como la Prestación Exclusiva de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del mencionado Terminal. Por ello, se indicó que carece de fundamento señalar que DPWC podría poner a disposición de sus usuarios los trabajos ejecutados con la ICA, toda vez que dichos trabajos se ubican fuera del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, no encontrándose bajo la operación ni administración de DPWC.

Cabe señalar que, en su recurso de reconsideración el Concesionario no ha formulado ningún cuestionamiento concreto respecto a lo antes señalado, a pesar de lo cual, ha reiterado que utiliza los trabajos financiados con la ICA, pues pone a disposición de sus usuarios dichos trabajos. Sobre ello, corresponde reiterar los fundamentos del Informe Final, pues el Concesionario no puede poner a disposición de sus usuarios los trabajos ejecutados con el monto transferido por concepto de ICA que no se encuentran bajo su Explotación.

- Adicionalmente, para sustentar la incorporación de la ICA en el cálculo del factor de productividad, el Concesionario alega que, dado que tiene derecho a recuperar la ICA en escenarios de Caducidad del Contrato de Concesión, tendría derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS. Al respecto, como se ha explicado en este Informe, la Cláusula 15 del Contrato establece el reconocimiento de los montos desembolsados por concepto de ICA en escenarios de Caducidad de la Concesión, sin hacer ninguna referencia a que DPWC tiene derecho a recuperar la ICA a través de las tarifas que cobra producto de la Explotación del TMS, por lo que carece de fundamento contractual esta alegación de DPWC.
 - Asimismo, el Concesionario infiere que la ICA debería tener un tratamiento similar a la ICM, pues serían equiparable en diversos aspectos, siendo la única diferencia que, en el caso de la ICM, las obras son desarrolladas por el Concesionario; mientras que, en el caso de los trabajos ejecutados con la ICA, no son desarrollados por el Concesionario. Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, corresponde incorporar la ICM en el cálculo del factor de productividad; mientras que, ello no ocurre en el caso del valor de la ICA. Por tanto, el Contrato de Concesión ha previsto un tratamiento diferente para la ICM y para la ICA respecto a su incorporación en el cálculo del factor de productividad.
- (v) Adicionalmente, para sustentar la incorporación de la ICA en el cálculo del factor de productividad, el Concesionario ha recurrido a la Circular N° 10 emitida en el marco del proceso de promoción de la inversión privada. Sobre ello, ha señalado no sería correcto que, para fines tributarios, la ICA pueda ser tratada como si fuera un costo de producción, sin que ello determine su naturaleza ni su inclusión en el factor de productividad.

Al respecto, debe reiterarse que durante el procedimiento de revisión tarifaria no se ha identificado cláusula oscura o ambigua que requiera ser objeto de interpretación a efectos de decidir sobre si corresponde o no incorporar la ICA en el cálculo del factor de productividad. Así, en la medida que no se ha iniciado ningún procedimiento de interpretación contractual, no corresponde recurrir a los antecedentes del contrato de concesión. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que no resulta correcto extrapolar, como pretende el Concesionario, el tratamiento que pueda tener la ICA para efectos tributarios, para fines regulatorios. La Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario establece con absoluta claridad que no resulta legalmente viable extender o extrapolar las disposiciones tributarias a supuestos distintos no previstos expresamente en la Ley tributaria.

- (vi) Por otro lado, debe señalarse que, si bien en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria se ha señalado que, de manera similar a la revisión tarifaria anterior, este Regulador considera que no corresponde incluir la ICA en el cálculo del factor de productividad, ello no se debe a una lectura errónea del principio de predictibilidad previsto en el TUO de la LPAG. En efecto, resulta claro que dicho principio permite a las autoridades apartarse de sus criterios previos, en tanto motive las razones por las cuales decide apartarse de los mismos. Sin embargo, con base en la evaluación realizada en el marco del presente procedimiento, de manera similar a la revisión tarifaria anterior, este Regulador considera que debe excluirse la ICA del cálculo del factor de productividad, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión.

- (vii) Por último, el Concesionario ha alegado que, aun cuando no cuestionó en la vía judicial la decisión que adoptó el Regulador en el marco de la revisión tarifaria anterior -sobre la exclusión de la ICA en el cálculo del factor de productividad- ello no limita su derecho a formular argumentos en el presente procedimiento de revisión tarifaria, a efectos de que se incorpore la ICA en el cálculo del factor de productividad que estará vigente en el siguiente periodo regulatorio. Sobre ello, debe indicarse que, en efecto, si bien el Concesionario podría haber cuestionado dicha decisión del Regulador en la vía judicial, ello no limita el derecho que tiene a formular argumentos y ofrecer pruebas en el marco del presente procedimiento de revisión tarifaria, a efectos que sean evaluados por el Regulador para adoptar su decisión final, tal como ha ocurrido en el presente caso.

En efecto, durante el presente procedimiento de revisión tarifaria, el Concesionario ha formulado diversos argumentos orientados a que se incorpore el valor de la ICA en el cálculo del factor de productividad, los cuales han sido debidamente evaluados en la Propuesta Tarifaria del Ositrán y en el Informe Final; asimismo, ha formulado argumentos sobre ese mismo aspecto en el marco de su recurso de reconsideración, los cuales han sido materia de evaluación en el presente informe.

182. Por tanto, sobre la base de las consideraciones expuestas en el presente informe, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración parcial interpuesto por DPWC contra la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2021-CD-OSITRAN.
183. Cabe señalar que, dada su condición de instancia única, el pronunciamiento que emita el Consejo Directivo del Ositrán frente al recurso de reconsideración antes indicado, dará por agotada la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del TUO de la LPAG. De ser el caso, el Concesionario podrá cuestionar dicho pronunciamiento del Consejo Directivo del Ositrán ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 antes señalado.

V. RECOMENDACIÓN

184. Se recomienda a la Gerencia General remitir el presente informe al Consejo Directivo del Ositrán para su aprobación.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2021022717