

MEMORANDO N° 0077-2025-PD-OSITRAN

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

C.c. : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica

MARIA CRISTINA ESCALANTE MELCHORS
Secretaria del Consejo Directivo

Asunto : Informe propuesta tarifaria: Revisión Tarifaria de Oficio del Factor de Productividad del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, para el periodo 2025 – 2030

Referencia : MEMORANDO N° 00234-2025-GG-OSITRAN

Fecha : 16 de mayo de 2025

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual se eleva a mi Despacho el Memorando N°00099-2025-GRE-OSITRAN, que adjunta un informe que contiene la propuesta tarifaria del Ositran: “Revisión Tarifaria de Oficio del Factor de Productividad del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, para el periodo 2025 – 2030”, en adelante Informe de Revisión Tarifaria.

Al respecto, en el marco de las atribuciones concedidas por el numeral 10 del artículo 9 del ROF considero que procede aprobar el Informe “Revisión Tarifaria de Oficio del Factor de Productividad en el Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur para el Periodo 2025-2030”, excepto en lo que se refiere al tratamiento de la Inversión Complementaria Adicional (en adelante ICA), la cual se desarrolla en los numerales de 169 a 195 del mismo.

Por tal motivo, antes de proceder a la aprobación del mismo solicito se modifiquen los numerales indicados, en atención a las consideraciones que a continuación paso a exponer.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 1.1. En el entendimiento de que es misión y objetivo del Ositrán velar por el cumplimiento de los contratos de concesión (Literal b del artículo 5 de la Ley 26917) y por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas que se deriven de los respectivos contratos de concesión (Literal b del artículo 5 de la Ley 26917) respectivamente, cualquier decisión vinculada con relación a los criterios para fijar las tarifas debe estar adecuadamente respaldada en la letra de los respectivos contratos de concesión.
- 1.2. Entre las principales funciones del Ositrán se encuentra la de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, debiendo velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que contengan los contratos de concesión firmados con el Estado, (romanillo ii del Literal b del artículo 7 de la Ley 26917.)
- 1.3. Que, en atención a lo señalado, en el presente procedimiento de revisión del factor de productividad en el Terminal Muelle Sur del Puerto del Callao, corresponde ceñirse exclusivamente al texto del contrato, en tal sentido debe respetarse el significado que da el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente

al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao Zona Sur (en adelante el Contrato) a los diferentes términos comprendidos en el mismo.

- 1.4. En tal sentido debe atenderse a la redacción y al significado de las palabras en él expresadas, sin presumir que las partes hayan querido otorgar un significado distinto a lo que expresamente hayan señalado, menos aún, atribuir un significado contrario a los términos que se encuentran redactados.
- 1.5. Nuestra normativa es clara en este punto, el artículo 1361 del Código Civil, norma de aplicación supletoria a los Contratos de Concesión, se refiere a la obligatoriedad de los contratos, recogiendo el principio Pacta Sunt Servanda, el cual significa que los acuerdos entre las partes o pactos deben cumplirse en sus propios términos, señalando textualmente lo siguiente: "Artículo 1361: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."
- 1.6. En ese sentido corresponde analizar cómo es que las partes en el Contrato de Concesión concibieron a la Inversión Complementaria Adicional.
- 1.7. En atención a los resultados de la primera y segunda revisión tarifaria realizada en el marco del Contrato de Concesión, corresponde señalar que de conformidad con el numeral 1.15. del Artículo VI del Título Preliminar de la Ley 27444, las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. En lo que respecta a mi posición sobre el tema, ésta es congruente con el voto en discordia que emitiese en la última revisión tarifaria y a efectos de sustentar el apartamiento de la decisión emitida en las dos anteriores revisiones tarifarias, es que se procede a presentar el correspondiente sustento en el presente documento.

2. LA ICA ES UNA INVERSIÓN

- 2.1. La primera razón a considerar sería que la ICA es una Inversión Adicional porque el Contrato de Concesión así expresamente lo estipula conforme a la Cláusula 1.20.59 la Inversión Complementaria se divide en:
 - a) Inversión Complementaria Mínima (ICM)
 - b) Inversión Complementaria Adicional (ICA),
- 2.2. No existe en esta cláusula, ni en ninguna otra cláusula del Contrato de Concesión indicación alguna que permita señalar lo contrario, es decir que la ICA no sea parte de la Inversión Complementaria.

La ICA ha sido descrita en el Contrato de Concesión, en la cláusula 1.20.59 en los siguientes términos:

"1.20.59. Inversión Complementaria: (...) 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."

- 2.3. Al ser la ICA parte de la Inversión Complementaria, resulta indudable que comparte la naturaleza de ser una "inversión" dentro del Contrato de Concesión. Naturaleza que además resulta coincidente con la calificación y tratamiento que el Ositrán originalmente le dio desde el año 2010 en los diferentes Informes de Desempeño que han sido aprobados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán (Antes Gerencia de Regulación). Como ejemplo, el numeral 3 del Resumen Ejecutivo del

Informe de Desempeño 2010, donde se señala: “La inversión proyectada total fue de US\$ 617.108 millones (sin IGV) y comprende US\$ 218.434 millones en Obras, US\$ 254.674 millones en Equipos, además de US\$ 144 millones en Inversión Complementaria Adicional (ICA).”

- 2.4. No coincidimos con lo señalado en los numerales 178 y 179 del Informe de Revisión Tarifaria, donde se señala:

“ 178. De lo expuesto, se advierte que, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, la obligación del Concesionario es la de desembolsar la contraprestación correspondiente a la ICA en los plazos previstos contractualmente⁵⁰ y transferirlos en dominio fiduciario al Fideicomiso. Como consecuencia de dicha transferencia, el Concesionario deja de ser titular de los recursos transferidos, siendo el Fideicomiso el que se encargará de administrarlos y destinarlos a la ejecución de las obras antes mencionadas, en la prioridad que establezca la APN.

“ 179. En tal sentido, resulta claro que las inversiones realizadas en el Puerto del Callao con cargo al monto de ICA no son inversiones efectuadas por el Concesionario, sino por el Patrimonio Fideicometido creado como consecuencia de la suscripción del Contrato de Fideicomiso, patrimonio que es autónomo y distinto del Fideicomitente (DPWC), del Fiduciario y del Fideicomisario (APN).” (subrayado nuestro)”

Consideramos que el hecho de que el contenido de la ICA sea la transferencia de dinero para la construcción de determinadas obras que el contrato contempla, en nada enerva su condición de inversión. La circunstancia que, en el Contrato de Concesión, 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 debe ser considerada como una razón para afirmar que no existe una inversión.

- 2.5. El hecho que el Concesionario no construya, sino que transfiera el riesgo de diseño, construcción y equipamiento a un tercero, en nada enerva el hecho que el Concesionario haya efectuado una inversión, a través de una transferencia de dinero, que desde un punto de vista económico es lo que hace posible la construcción y equipamiento de infraestructura que es utilizada para que el Concesionario, pueda brindar el servicio que, a su vez, permite la explotación del Nuevo Terminal de Contenedores.
- 2.6. De no ser así, la limitante para entender que solo podría considerarse como inversiones aquellas construidas o equipadas por el Concesionario debería encontrarse en el propio Contrato de Concesión o en la normativa legal, sin embargo dicha limitante no existe en ninguna cláusula del mismo. Al ser consultada la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, en el anterior procedimiento de revisión tarifaria sobre este punto, emitió el Memorando N°002-2021-GAJ-el Ositrán de fecha 05 de enero de 2021, señalando en el punto 6 del mismo que en el ordenamiento jurídico no existe una norma que considere que solo deba ser considerada como inversión aquella desarrollada por el Concesionario.
- 2.7. Esta afirmación se ve corroborada por lo señalado en el Informe N°028-2025/DEP del 14 de mayo de 2025, emitido por la Dirección Especial de Proyectos de PROINVERSIÓN, que al ser consultada sobre si el hecho que el monto de una inversión sea transferido por el Concesionario en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido, hace que dicha inversión pierda su condición de tal. La respuesta de PROINVERSIÓN en este punto ha sido considerar en el numeral 5.2. del referido informe que:

“En el marco de los contratos de APP, es habitual que se prevea un Cierre Financiero, el cual suele involucrar la constitución de fideicomisos. En estos casos, el fideicomiso opera como un mecanismo contractual para administrar

bienes y destinarlos a un objetivo específico pactado entre las partes. Por tanto, el hecho de que el Concesionario transfiera el monto de una inversión en dominio fiduciario a un patrimonio fideicometido, con el fin de destinarlo a la ejecución de determinadas obras, no implica que dicha inversión pierda su condición de tal.”

- 2.8. Coincidimos con la opinión señalada por PROINVERSIÓN, por lo que consideramos que no existen razones jurídicas que avalen las conclusiones a las que se arriban en el Informe de Revisión Tarifaria, en el sentido de considerar que la ICA no es una inversión por el solo hecho de haber sido transferida en dominio fiduciario.

3. LA ICA ES UNA INVERSIÓN ADICIONAL

- 3.1. Debe considerarse además que la ICA presenta una segunda característica dentro del Contrato de Concesión y que es la de considerarse una inversión adicional, dado que se trata, como bien se desprende de la definición dada en el literal b) del numeral 1.20.59, de una inversión adicional a la Inversión Complementaria Mínima, de allí su denominación de “Inversión Complementaria Adicional”.

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 18 del presente contrato

- 3.2. El Contrato de Concesión no contiene una definición expresa de inversión adicional, a pesar que sí considera una sección titulada “Inversiones Adicionales” (Cláusulas 15.6 a 15.9) donde se regula el desarrollo de infraestructura adicional por parte del Concesionario.” Al respecto se advierte que al no existir una definición de inversión adicional, deben ser consideradas como inversiones adicionales todas aquellas inversiones que el contrato denomine como tales.
- 3.3. Que, en ese sentido, durante la pasada revisión tarifaria fue consultada la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, solicitándole que indicase si existía en el Contrato de Concesión una restricción para considerar sólo como inversiones adicionales a las descritas en las cláusulas 15.6 a 15.9. Si bien no hubo una respuesta directa a esta consulta, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló en el punto 1 del Memorando N°002-2021-GAJ-OSITRAN “... *es importante señalar que, en el Informe no se ha indicado que la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión señale que únicamente serán consideradas en el cálculo del factor de productividad las inversiones adicionales reguladas en las Cláusulas 15.6 a 15.9. Tal es así que, en el cálculo del factor se han incorporado diversas inversiones adicionales efectuadas por DPWC que no se enmarcan en las citadas cláusulas contractuales, las cuales se encuentran listadas en el párrafo 642 del Informe.*” En tal sentido, de la referida respuesta se concluye que el listado y tratamiento contenido en las Cláusulas 15.6 a 15.9. no es taxativo y no es el único acápite del Contrato de Concesión que se refiere a inversiones adicionales.
- 3.4. En atención a lo señalado, se puede concluir que si bien las cláusulas 15.6 a 15.9. describen las inversiones adicionales que el Concesionario puede desarrollar, ello no limita a considerar a la ICA como inversión adicional de conformidad al numeral 1.20.59.

4. LA INVERSIÓN COMPLEMENTARIA ADICIONAL DEBE SER CONSIDERADA EN EL CÁLCULO DEL FACTOR DE PRODUCTIVIDAD

- 4.1. Conforme a lo señalado, corresponde considerar a la ICA como una inversión adicional para efectos de la aplicación del mecanismo regulatorio “RPI-X”, reconocido en el Contrato de Concesión, para propósitos del cálculo del factor X. Ello en atención a que el Contrato de Concesión señala en la Cláusula 8.19 que, en el caso específico del stock de activos fijos netos debe considerarse conjuntamente con la anualidad del valor de la inversión referencial a las inversiones adicionales netas de su depreciación, por lo que

debe considerarse a la ICA dentro del concepto de inversiones adicionales, como ya antes hemos concluido.

“8.19. 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.”

- 4.2. En relación a la cláusula 8.19. transcrita, el Informe de Revisión Tarifaria señala en su numeral 171 lo siguiente: “De acuerdo con la cláusula antes citada, para propósitos del cálculo del factor X, en el caso específico del stock de activos fijos netos debe utilizarse el valor que resulte de sumar los valores resultantes de: (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.”
- 4.3. Al respecto, se advierte que la segunda parte del párrafo citado en el numeral precedente, claramente contempla a las inversiones adicionales netas de su depreciación, realizadas a partir de la puesta en servicio del segundo amarradero. En este sentido, siendo la ICA una inversión adicional, como otras inversiones adicionales contempladas en el Contrato de Concesión, no se comprende cuáles serían las razones para excluirla en la aplicación del artículo 8.19 del Contrato de Concesión.
- 4.4. Carece de sentido lo señalado en el numeral 172 del Informe de Revisión Tarifaria, cuando se señala que la ICA no califica como parte de la inversión referencial establecida en las bases del concurso. Puesto que para ser considerada para el cálculo del factor, claramente la ICA sería parte del concepto de “inversiones adicionales” y no parte del concepto “inversión referencial”.
- 4.5. Conforme a lo indicado anteriormente, de la lectura de las cláusulas contractuales mencionadas corresponde considerar a la ICA en la aplicación del mecanismo regulatorio “RPI-X”, reconocido en el Contrato de Concesión, para propósitos del cálculo del factor X.
- 4.6. Sin perjuicio de ello, se advierten algunas opiniones vertidas durante el concurso para la concesión del diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, que corroboran lo indicado en este punto.
- 4.7. Entre las opiniones que pueden mencionarse, se encuentra el Informe Técnico N°022-2006/JSCI del 14 de junio de 2006, emitido dentro del proceso de adjudicación de la Concesión, por el Jefe de Proyectos de Asuntos Portuarios, que fuese alcanzado a el Ositrán mediante carta DALC.DPWC.138.2018, donde se señala lo siguiente: “Cabe resaltar que el cálculo del factor de productividad se sujeta a las normas del Ositrán, sin embargo, en estas normas no se precisa la metodología a un nivel de detalle tal que permita al inversionista realizar sus proyecciones con el grado de confianza requerida, es más, estas normas pueden modificarse por Resoluciones del Ositrán, y lo que agrava aún más la situación desde el punto de vista de los postores es que existen divergencias, las decisiones del Ositrán no pueden ser discutidas en la vía arbitral, sujetándose al proceso contencioso administrativo. Esto origina que el inversionista perciba un riesgo regulatorio mayor al riesgo normal del negocio, con lo que castigan la tasa de descuento, o en su defecto, van a tomar previsiones del factor de productividad muy altas que originarían mayores tarifas o un menor ingreso al Estado por concepto de ICA.” De estas afirmaciones se desprende el impacto que tendría la incertidumbre en la aplicación del mecanismo de RPI-X en la recuperación de la ICA, de lo que se

corroborar su directa vinculación, circunstancia que no se presentaría si a la ICA le fuese indiferente el ajuste tarifario. Por el contrario, de esta forma se corrobora que la ICA siempre fue una inversión a recuperar mediante el cobro de tarifas.

- 4.8. Del mismo modo, en la circular 10 del concurso para la concesión del diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, se absuelve la consulta 29, en la cual se pregunta por el Monto de Inversión Complementaria y se pide que el concepto sea definido de manera que pueda ser amortizado o depreciado tributariamente dependiendo de la naturaleza que se le dé.
- 4.9. De la consulta mencionada, se advierte que la pregunta central fue por la naturaleza del concepto Monto de Inversión Complementario (que luego se definiría como Inversión Complementaria Adicional - ICA) a efectos de poder determinar consecuentemente su tratamiento tributario. Al respecto PROINVERSIÓN responde que *“Tal como está definido, el Monto de Inversión Complementario 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, vale decir de 1 a 10 años”*.
- 4.10. Esta respuesta ratifica la verdadera naturaleza de la ICA, puesto que las normas tributarias se aplican con base a un criterio de realidad económica, sobre lo cual las partes no pueden pactar por encontrarse en la esfera del derecho público. Con esta respuesta queda demostrado que la ICA debe ser tratada como un costo de producción, por lo que corresponde que sea incluida en el cálculo del factor de productividad, en la medida que las partes no han pactado expresamente lo contrario en el Contrato de Concesión.

5. LA ICA ES UNA INVERSIÓN EN OBRAS

- 5.1. El Contrato de Concesión otorga al Concesionario la exclusividad dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur para la operación, administración, prestación de Servicios Estándar y Especiales y cobro de tarifas y/o precios por los citados servicios. La Cláusula 1.20.48 del Contrato de Concesión, define a la Explotación de la siguiente manera.

“1.20.48.Explotación: Comprende los siguientes aspectos: la operación necesaria y administración exclusiva del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur; la Prestación Exclusiva de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur; y el cobro a los Usuarios de las Tarifas correspondientes por la prestación de los Servicios Estándar, así como el cobro a los Usuarios del Precio por la prestación de los Servicios Especiales, en los términos establecidos en el Contrato.”

- 5.2. Sobre la forma de recuperar la inversión en obras, la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece:

“8.1. La Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida que el CONCESIONARIO está obligado a mantener la operatividad de dicha Infraestructura Portuaria y prestar los Servicios a los Usuarios dentro de los estándares especificados en el Expediente Técnico y en los anexos del Contrato. (...)”

- 5.3. Conforme a la letra de la Cláusula 8.1. del Contrato de Concesión, mediante la explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur el Concesionario recupera su inversión en Obras, siendo la definición de Obras, descrita en la cláusula 1.20.67.

“1.20.67.Obras: Es el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que serán

ejecutados o instalados durante la vigencia de la Concesión. Asimismo, involucra a los bienes a ser utilizados, 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.”

- 5.4. Que, el aspecto que se debe dilucidar es si la ICA, independientemente de ser una inversión adicional, es también una inversión en Obras, que el Contrato de Concesión permita que sea recuperada con la explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, conforme a los términos del propio contrato. Resulta importante considerar, que según la norma transcrita, el concepto Obras, 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”*.
- 5.5. De conformidad con el numeral 16.7 del Contrato de Concesión, el uso de la disyunción “o” en una enumeración debe entenderse que comprende excluyentemente a alguno de los elementos de la enumeración. Por lo que la lectura correcta de la Cláusula 1.20.67 implica que se entienda por Obras tanto a los bienes que cumplan de manera conjunta o disyuntiva con una o más de las características referidas, es decir: (i) ser utilizados, (ii) ser construidos, (iii) ser explotados o (iv) ser mantenidos por el Concesionario.
- 5.6. Que, al respecto se advierte que las obras de la ICA si bien no son el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, ni tampoco son bienes construidos, explotados o mantenidos por el Concesionario, si 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.
- 5.7. Al respecto tanto el Concesionario en su carta DALC.DPWC.314.2020, como la Autoridad Portuaria Nacional en su Informe Técnico N°001-2021-APN DOMA-DITEC explicaron, durante el procedimiento de revisión tarifaria anterior, que las obras ejecutadas con la ICA, tanto el “Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao”, como el “Mejoramiento de la Avenida Néstor Gambetta - Callao” son utilizadas por los usuarios del Concesionario para acceder a la prestación de los servicios que brinda en el Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, bajo los términos del Contrato de Concesión.
- 5.8. En este sentido, al calificar las obras ejecutadas con la ICA, tanto el “Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao”, como el “Mejoramiento de la Avenida Néstor Gambetta - Callao” como Obras en los términos del Contrato de Concesión, por ser utilizadas por el Concesionario, a través de sus usuarios, para la prestación del servicio que brinda, corresponderá la recuperación de dicha inversión conforme a la cláusula 8.1. del mismo.
- 5.9. Sobre este aspecto, en el numeral 185 del Informe de Revisión Tarifaria señala que *“(…) el monto aportado por el Concesionario bajo concepto de ICA no puede ser considerado como una inversión en Obras efectuada por el Concesionario, en la medida que no es resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario del TMS, ni tampoco califica como bienes a ser utilizados, construidos, explotados y/o mantenidos por DPWC.”*
- 5.10. En nuestra opinión, no resulta aplicable esta opinión, por cuanto la utilización de la indicada infraestructura no solo ha sido señalada por el Concesionario, sino corroborada por la Autoridad Portuaria Nacional, siendo que sin estos accesos por el lado mar o el lado tierra, no sería posible que el Concesionario brinde el servicio.
- 5.11. En otra consideración, en el literal b) del numeral 194 del Informe de Revisión Tarifaria, se señala también que:

“Al respecto, es importante recordar que los proyectos ejecutados utilizando los recursos transferidos por DPWC a la APN en dominio fiduciario (“Mejoramiento y aplicación de la Bocana de Entrada al Terminal Portuario del Callao” y “Mejoramiento de la Avenida Néstor Gambetta-Callao”) se encuentran fuera del área de la concesión del TMS. En tal sentido, los supuestos beneficios de dichos proyectos (como la mejora de la infraestructura, el incremento de la capacidad operativa y la optimización de la prestación de servicios en el TMS, señalados por DPWC) trascienden al TMS, toda vez que, de ser posible ello, dichas obras no solo beneficiarían a DPWC, sino también a APM Terminals Callao S.A., Transportadora Callao S.A. y, en general, a todos los usuarios del Puerto del Callao.”

- 5.12. Respecto de que se trate de una obra ubicada fuera de la Concesión o que no sea exclusivamente utilizada por el Concesionario, sino también por otros actores del Terminal Portuario del Callao, se cuenta con la opinión de PROINVERSIÓN, contenida en el Informe 028-2025/DEP remitida con Oficio 052-2025/PROINVERSIÓN.
- 5.13. En el numeral 5.3.1. del referido informe remitido por Proinversión se señala que, “En los contratos de APP, y en el marco de lo que se establezca en la normativa aplicable, se puede establecer que determinadas inversiones no necesariamente sean utilizadas para uso exclusivo del Concesionario.” En el presente caso, dado el Contrato de Concesión ha establecido que la ICA es una inversión a ser recuperada mediante mecanismos tarifarios y encontrándose las obras fuera del área de concesión como paso obligado para otros actores, corresponde que, a pesar de no ser uso exclusivo sean considerados en el mecanismo de recuperación de la inversión mediante tarifas, dado que el contrato no tiene ninguna estipulación que vaya contra de estas estipulaciones.
- 5.14. A mayor abundamiento, entre los ejemplos que da PROINVERSIÓN en el informe comentado, se señala un caso del mismo Contrato de Concesión, en el numeral 5.3.4. del Informe N°028-2025/DEP se indica: *“Asimismo, es relevante destacar el caso específico de la concesión del Muelle Sur, en el cual, durante la ejecución de las obras de construcción y posterior ampliación, fue necesario desmontar, reforzar y reconstruir una sección del rompeolas existente. Si bien esta infraestructura no tiene una participación directa en las operaciones del Muelle Sur, constituye un elemento esencial de protección para el puerto en su conjunto. No obstante ello, los costos asociados a su intervención fueron considerados como parte de la inversión reconocida dentro de los ajustes tarifarios aplicables, evidenciando que determinadas inversiones, aún sin un uso exclusivo del concesionario, pueden ser reconocidas bajo criterios de funcionalidad integral del proyecto y conforme a lo establecido en el respectivo contrato APP.”*
- 5.15. En lo que respecta a encontrarse fuera del área de concesión, en el numeral 5.1. del Informe 028-2025/DEP, se señala: *“La posibilidad de que las inversiones efectuadas con cargo al monto transferido al dominio fiduciario, y ubicadas fuera del área de concesión, sean consideradas como inversiones del Concesionario, así como su eventual recuperación, depende fundamentalmente de las condiciones específicas establecidas en el Contrato de APP correspondiente”*. Tal como se ha mencionado anteriormente, el ICA es una inversión que se encontraba conforme al contrato destinada a la ejecución de las obras descritas la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión, encontrándose las obras civiles ubicadas fuera del área de la concesión, motivo por el cual es el mismo contrato el que prevé la posibilidad de que las obras finalmente ejecutadas, se encuentren fuera del área de la concesión. Adicionalmente, también debe indicarse que el concepto de Área de Concesión, señalado en la Cláusula 1.20.13. del Contrato de Concesión, tampoco es un limitante para considerar que solo puedan existir obras dentro de la misma.
- 5.16. En atención a lo señalado, concluimos que las obras ejecutadas con la ICA si bien no son el resultado de los trabajos de Construcción y Equipamiento Portuario correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, ni tampoco son bienes construidos, explotados o mantenidos por el Concesionario, si 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, no existiendo limitantes en las condiciones estipuladas en el Contrato de Concesión, para que dicha inversión, por no ser de uso exclusivo o ubicarse fuera del área de la concesión, no sea recuperada mediante la explotación del Nuevo Terminal de Contenedores-Zona Sur.

6. LA ICA NO ES UN APORTE

- 6.1. En el numeral 174 del Informe de Revisión Tarifaria se señala que *“ la ICA es el monto, aporte o contraprestación que, adicionalmente a la Inversión Complementaria Mínima, fue ofrecido por DPWC como componente de su Propuesta Económica, y que deberá ser transferido por el Concesionario, en dominio fiduciario, a un patrimonio fideicometido creado exclusivamente para su administración. Como ha quedado evidenciado, la ICA fue ofrecida por el Concesionario como factor de competencia del concurso lo que le permitió adjudicarse la concesión.”*
- 6.2. Sin duda la ICA puede ser considerado como un monto o una contraprestación en el Contrato de Concesión, sin que por ello pierda su condición de inversión. En cambio, no se encuentra en el Contrato de Concesión ninguna cláusula en la que se señale que la ICA sea un monto destinado a cubrir el pago por un aporte otorgada a cambio de la concesión. La afirmación contenida en el mencionado Informe de Revisión Tarifaria tampoco guarda coherencia con la calificación y tratamiento que el Ositrán le ha venido dando a la ICA en los primeros años de la concesión, en los diferentes Informes de Desempeño que han sido aprobados por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán (Antes Gerencia de Regulación) donde no solo se consigna a la ICA dentro de la inversión proyectada sino que nunca ha sido consignada en la descripción de retribuciones y pagos que el Concesionario realiza a favor del Estado.
- 6.3. Que, en tal sentido, se solicitó a la Gerencia de Asesoría Jurídica, durante la última revisión tarifaria que señale si existía norma legal o cláusula contractual que obligase a calificar a la ICA como un aporte y no como una inversión. La Gerencia de Asesoría Jurídica respondió en el Memorando N°002-2021-GAJ-OSITRAN, que no existía en el marco normativo vigente una disposición que prevea que el Regulador se encuentra obligado a calificar a la ICA como un aporte y no como una inversión.
- 6.4. Conforme a lo señalado en este punto, se advierte que no existe ninguna afirmación explícitamente plasmada en el Contrato de Concesión que lleve a concluir que la ICA sea un aporte. En cambio, sucede todo lo contrario con el concepto de inversión, explícitamente el Contrato de Concesión presenta textos expresos donde claramente presenta a la ICA como una inversión y no como un aporte.
- 6.5. 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. Sobre este último aspecto debe aclararse que la palabra “contraprestación” no es sinónimo de “aporte”. Vale señalar que efectivamente, en la Circular 13, se responde la Consulta 22, donde se pregunta lo siguiente: “¿Cómo va a retribuir al Concesionario de Muelle Sur aquel que se beneficie de las inversiones para beneficio común Inversión Complementaria e Inversión Complementaria Adicional?” Al respecto se responde: “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”.
- 6.6. Al respecto se advierte que al indicar que las obras comunes serán ejecutadas con cargo a los recursos del fideicomiso y que serán parte de la contraprestación del Concesionario, es claro que se está indicando que se trata de parte de una serie de obligaciones que todas en su conjunto conforman “la contraprestación” del Concesionario por adjudicarse la concesión. Esto es así en vista que no existe norma legal o contractual que considere que una “contraprestación” solo puede consistir en un

aporte y que no permita considerar como “contraprestación” al conjunto de todas las obligaciones como construir, operar, invertir, entre otras. En este sentido, la palabra “contraprestación” no es sinónimo de retribución o aporte.

En atención a los argumentos expresados, solicito modificar el Informe que contiene la Propuesta de Revisión Tarifaria de Oficio del Factor de Productividad del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, para el periodo 2025 – 2030, incorporando a la Inversión Complementaria Adicional (ICA), conforme a la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, en el cálculo del factor de productividad.

Atentamente,

Firmado por
VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo
Presidencia Ejecutiva

NT. 2025067114