

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

Título

**“LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN PRIVADA APLICABLES A LA
INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PÚBLICO EN EL PERÚ”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTORA

ALESSANDRA PATRICIA CUBAS SÁENZ

ASESORA

SILVANA PATRICIA ELÍAS NARAJO

LIMA – PERÚ

Mayo, 2019

Agradezco a Dios, a mi padre que está en el cielo,
a mi madre y a toda mi familia por su apoyo
incondicional durante este largo proceso.



RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito analizar las modalidades de inversión privada aplicables a la infraestructura portuaria de uso público en el Perú, así como las implicancias de la coexistencia de estas sobre el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (APP).

En los primeros capítulos se narra brevemente las reformas que vivió el Perú por los años noventa, situación que no solo generó un cambio estructural en el sistema económico, sino que logró que nuestra economía se basara en principios orientados a la defensa de los mercados en competencia, la eliminación de las barreras para el ingreso de capitales extranjeros y la restricción a la actividad empresarial del Estado, los cuales hoy en día se encuentran plasmados en la Constitución Política.

Un aspecto positivo de este nuevo régimen económico fue permitir el ingreso de capitales privados en proyectos de infraestructura y servicios públicos, asimismo, y luego de las referidas reformas económicas se incorporó dentro del marco legal figuras como la privatización, concesión, y APP. Cabe indicar que la presente investigación está orientada al análisis de las modalidades normativas que regulan la ejecución de proyectos en infraestructura portuaria de uso público.

La legislación peruana regula a la concesión y licencia portuaria como modalidades de inversión privada aplicables para el sector portuario. Por su parte, la concesión es una figura regulada en la Ley del APP y que ha sido utilizada por el sector público para desarrollar y modernizar terminales públicas de uso público; en cambio, la licencia portuaria se encuentra regulada en la Ley de Puertos y ha sido utilizada por el sector privado para ejecutar terminales privadas de uso privado o público.

Por lo tanto, si bien es beneficioso para el país desarrollar infraestructura pública, en este caso portuaria, debemos tener en cuenta que la ejecución de los proyectos portuarios de uso público debe responder a un mismo origen y regulación, ya que en caso contrario podría afectar a los usuarios y al sistema de APP.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.....	10
MARCO TEÓRICO.....	10
1. LA EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS.....	11
2. MARCO LEGAL Y REGULATORIO APLICABLE A LOS TERMINALES PORTUARIOS 14	
3. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA PORTUARIA Y SU DESARROLLO EN EL PERÚ....	20
3.1. DEFINICIÓN DE PUERTO Y TERMINALES PORTUARIOS EN EL PERÚ.....	22
4. ENTIDADES INVOLUCRADAS Y SU ROL.....	23
CAPÍTULO II	28
LA OPERACIÓN DE PUERTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL PERÚ	28
1. MODALIDAD DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA	28
1.1. TERMINALES PORTUARIOS PÚBLICOS	31
1.1.1. PUERTOS OPERADOS POR ENAPU.....	33
1.1.2. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PORTUARIAS	41
1.2. LOS PUERTOS PRIVADOS Y SU MARCO NORMATIVO	46
1.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA LICENCIA PORTUARIA	48
1.2.1.1. EJEMPLOS DE PUERTOS PRIVADOS CON LICENCIA PORTUARIA.....	50
CAPÍTULO III.....	53
ANÁLISIS DE LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN PARA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PÚBLICO.....	53
1. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN EN LOS TERMINALES PORTUARIOS PARA USO PÚBLICO	54

2. ANALISIS DE LOS TERMINALES PORTUARIOS POR CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LICENCIA PORTUARIA.....	58
2.1. REGÍMENES IMPORTANTES A CONSIDERAR EN LAS CONCESIONES Y LICENCIAS	63
2.2. COMPETENCIAS DEL REGULADOR EN LOS TERMINALES PORTUARIOS DE USO PÚBLICO.....	67
3. AFECTACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA	72
CONCLUSIONES	76
BIBLIOGRAFÍA.....	79



ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

TABLAS

Tabla 1. Tráfico de carga TP Zona Sur del Callao	34
Tabla 2. Servicios Portuarios TP Zona Sur del Callao	35
Tabla 3. Tráfico de carga TP Paita.....	36
Tabla 4. Tráfico de carga TP Muelle Norte del Callao.....	37
Tabla 5. Tráfico de carga TP Yurimaguas	38
Tabla 6. Movimiento de naves - TP Yurimaguas y embarcaderos informales	39
Tabla 7. Tráfico de Carga TP San Martín.....	40
Tabla 8. Tráfico de carga TP Salaverry	40
Tabla 9. Lista de Terminales Portuarios de administración y uso público.....	59
Tabla 10. Lista de Terminales Portuarios privados y de uso público.....	60
Tabla 11. Cuenta financiera del sector privado.....	74

GRÁFICOS

Gráficos 1. Fases de Iniciativa Estatal.....	55
Gráficos 2. Fases de Iniciativa Privada	55
Gráficos 3. Tráfico de naves - TP Yurimaguas.....	65

LISTA DE ABREVIATURAS

AFIN: Asociación para el Fomento de la Infraestructura

APN: Autoridad Portuaria Nacional

APP: Asociaciones Público Privadas

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

CAO: Certificado Anual por Obra

CC: Contrato de Concesión

CD: Consejo Directivo

CEPRI: Comité Especial de Privatización de Puertos

COPRI: Comisión de Promoción de la Inversión Privada

DICAPI: Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú

ENAPU: Empresa Nacional de Puertos S.A.

IE: Iniciativa Estatal

Infra.: Infraestructura

IP: Iniciativa Privada

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas

MINDEF: Ministerio de Defensa

MTC: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OPIP: Organismo Promotor de la Inversión Privada

OOPP: Obras públicas

OSITRAN: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

PAO: Pago Anual por Obra

PCM: Presidencia de Consejo de Ministros

PNDP: Plan Nacional de Desarrollo Portuario

PIP: Promoción de la Inversión Privada

PPIP: Procesos de Promoción de la Inversión Privada

PROMCEPRI: Comisión de Promoción de Concesiones Privadas

PROINVERSIÓN: Agencia de Promoción de la Inversión Privada

SPN: Sistema Portuario Nacional

SSPP: Servicios Públicos

TLC: Tratado de Libre Comercio



INTRODUCCIÓN

La presente investigación apunta a realizar un análisis sobre las modalidades de inversión privada para la ejecución de proyectos en infraestructura portuaria de uso público y su regulación aplicable establecidas en la legislación peruana. Para este propósito se ha dividido este documento en tres capítulos y, además, se ha considerado como casos referenciales a los terminales portuarios concesionados y los terminales portuarios privados ubicados en Chancay y Pucallpa.

En el primer capítulo se describe el marco teórico general del sector portuario peruano; el proceso de privatización de la infraestructura portuaria; el marco legal y regulatorio aplicable a los terminales públicos y privados; el desarrollo y principales características (clasificación, alcance, uso y servicios) de los terminales; y el rol de las instituciones involucradas.

Asimismo, durante el segundo capítulo se evalúa la operación de los terminales públicos y privados haciendo énfasis en las modalidades de inversión privada que permiten desarrollar este tipo de infraestructuras. Para tales efectos, se describe y analiza el contrato de concesión y licencia portuaria de los terminales administrados por ENAPU -que posteriormente fueron concesionados-; y, las terminales privadas, respectivamente.

En el tercer capítulo, se realiza el análisis de cada una de las modalidades de inversión privada aplicables para la infraestructura portuaria de uso público detallándose las principales diferencias entre el régimen aplicable al contrato de concesión y licencia portuaria, las competencias del regulador en terminales de uso público y la afectación al Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (APP).

Finalmente, este trabajo tiene como propósito brindar un aporte académico sobre la repercusión negativa hacia los usuarios y sistema nacional de APP que se generaría con la aplicación de marcos normativos y regulatorios distintos en proyectos de infraestructura portuaria con un mismo tipo de uso «público», situación que es analizada desde una perspectiva legal.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

El Perú tiene un alto déficit de infraestructura en comparación con otros países situados en Latinoamérica, de acuerdo a las cifras expresadas por AFIN se calcula una brecha de infraestructura a largo plazo (2016-2025) por más de US\$ 159 millones (AFIN, s. f.). Es de precisar que a partir del proceso de liberalización de los sectores económicos surgido alrededor de los años noventa recién se impulsó el desarrollo de la infraestructura pública, ello como consecuencia del ingreso de inversión extranjera en sectores económicos, en donde el Estado ya no intervendría directamente (Castillo Freyre, Mario, 2011, p. 85).

El referido proceso de liberalización inicio con una serie de reformas en el sistema político y la estructura estatal lo que permitió la modernización de nuestra economía basándose en un modelo orientado en principios como la defensa de los mercados en competencia, la eliminación de las barreras para el ingreso de inversión del sector privado, y la reorientación de las competencias del aparato estatal en servicios básicos o esenciales (Martín Tirado, 2013, p. 22). Es indudable que estos cambios marcaron un hito importante en el país no solo porque permitieron mejorar la economía sino porque generó un cambio en el rol que ejercía el Estado sobre la sociedad.

Primigeniamente el Estado era el único facultado para aprovisionar Infra. y SSPP a la comunidad, en cambio hoy en día dicha intervención ha cambiado pues el Estado cumple un rol más regulador que prestador de actividades económica. La doctrina señala que la actuación empresarial del Estado solamente debe estar ligada al desarrollo de aquellas actividades económicas que no pueden ser atendida por privados, limitando así la intervención del poder estatal en las actividades en mención (Quiñonez Alayza, 2012, pp. 65–66).

El nuevo rol estatal dio inicio con la aplicación del modelo de privatización, esta última es entendida como aquella herramienta que permite trasladar al sector privado las actividades productivas y empresariales ejercidas por las entidades estatales. La importancia de la aplicación de este modelo en sectores económicos radicó en cobrar presencia en aquellos SSPP

imprescindibles para la sociedad como, por ejemplo: educación, salud, seguridad y administración de justicia, si bien existía una intervención por parte del Estado, la escasez de recursos financieros y la inadecuada gestión por parte de las propias entidades impidieron que se brinden adecuadamente dichos servicios.

Según Ruiz Caro, a partir de la incorporación del modelo de privatización en nuestra legislación los privados pudieron ejercer la administración de las actividades económicas y productivas, las mismas que siempre han sido circunscritas al desarrollo del país. (Ruiz Caro, 2002).

Asimismo, como consecuencia de la necesidad estatal de supervisar el desempeño de las empresas privadas encargadas de brindar SSPP y de las concesiones de obras públicas -para que el caso que nos acusa en infraestructura de transportes- se crearon los organismos reguladores (Castillo Freyre, Mario, 2011, pp. 24–26). A modo de información, los reguladores en países desarrollados fueron creadas como instituciones orientadas a proteger a los usuarios finales de los SSPP, partiendo de un concepto de participación y descentralización de la cultura política (Otiniano Carbonell, Martín, 2012, p. 138); en cambio en países en desarrollo – como el caso peruano - se crearon como respuesta a la implementación del nuevo modelo económico, en donde el Estado ejercer un rol supervisor sobre los privados que desarrollan actividades que antes solamente eran brindadas por las entidades estatales.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS

A inicios de la presente investigación señalamos que el proceso de liberalización de la económica surgida por los años noventa permitió el cambio del rol del Estado, ello en parte provocado por una crisis económica causada por la inadecuada gestión y administración de los gobiernos de turno. Es así como, con el propósito de revertir dicha situación durante los primeros años de la década de los noventa se aplicaron políticas públicas orientadas a mejorar el esquema económico del país, y dentro de los cambios más relevantes estuvo la apertura de los mercados y la promoción de la inversión privada extranjera y nacional.

Para hacer viable la entrada de capitales privados a nuestro país, se incorporó en nuestra legislación dispositivos legales para garantizar las inversiones que pudieron realizar el sector privado, por ejemplo, en proyectos de Infra. y SSPP. Recordemos que estas medidas se adoptaron por las serias limitaciones financieras estatales que no le permitía al país continuar inyectando recursos económicos en sectores de alto interés público.

Conforme a lo mencionado, el nuevo modelo económico se plasmó en la constitución económica de 1993, esta última a diferencia de la carta normativa de 1979 retiró toda exclusividad del Estado para desarrollar actividades económicas – actividad empresarial estatal- (Ocho Cardich, 2013, p. 3). Por lo que, en el art. 58 de la Constitución vigente se establece que la iniciativa privada es libre se ejerce en una economía social de mercado; y, en general, está orientada en el desarrollo del país actuando en áreas de promoción de la Infra. y SSPP, entre otros.

Por su parte, el art. 60 de la Constitución de 1993 establece que la actividad empresarial del Estado debe abstenerse al desarrollo de cualquier tipo de actividad empresarial, y ceñirse al principio de subsidiariedad; y, solo de manera excepcional, siempre que, esté autorizado por ley expresa y la circunstancia amerite un alto interés público -o manifiesta conveniencia nacional podrá realizarse. Es así que, la Constitución Política vigente promueve la participación privada relegando al Estado a velar solamente por el correcto funcionamiento de las actividades económicas «redefinición de las tareas públicas de ejecutora a reguladora-supervisora» (Tassano Velaochaga, 2009, p. 89).

La desregulación de una parte importante de las actividades económicas provocó la necesidad de contar con entidades independiente de poder político (organismo regulador) que permita regular el comportamiento del privado durante el desarrollo de las actividades económicas (Pérez-Reyes Espejo, s. f., p. 2). Es así que, la creación de los organismos reguladores en el Perú fue motivada por la necesidad de controlar las actividades de los privados y, además, velar por el interés general -o interés público-, mantener la libre competencia y restringir el abuso de la posición de dominio [monopolios] (Otiniano Carbonell, Martín, 2012).

Previamente señalamos que la inadecuada gestión y administración de las entidades públicas por el gobierno de turno fue un factor determinante en la caída de la economía peruana por los años 90's, debido a ello se dio *"un consenso generalizado en torno a la idea que la privatización de las empresas públicas acabarían con la inflación... dando lugar a que dichos procesos se implementara sin mayor resistencia"*(Martin Tirado, 2013). Según Martin, las privatizaciones se entienden como aquellas acciones que realiza el sector público hacia el sector privado para la entrega de la iniciativa productiva y empresarial, generando el retroceso por parte del Estado para desarrollar actividades monopólicas en los sectores económicos (Martin Tirado, 2013, p. 4).

Por lo tanto, el nuevo régimen económico estuvo orientado a promover la inversión privada, es así como, la etapa inicial de este cambio se produjo aproximadamente desde 1991 hasta 1998, rango de años en el cual se promulgó el Decreto Legislativo N° 674 (en adelante, DL 674) que impulsó la inversión privada de las empresas del Estado bajo distintas modalidades. La principal característica de dicho decreto fue la incorporación normativa de la compra y venta de activos y/o de acciones de empresas estatales (privatizaciones de las empresas públicas); y entre otras modalidades como el aumento de capital, contratos de asociación en participación, arrendamiento, usufructo; es decir, a partir de este dispositivo legal se incorporó formalmente la figura de la privatización en nuestro ordenamiento.

Seguidamente, en 1992 se incorporó en la legislación peruana la figura de la concesión como modalidad inversión privada, ello con el propósito de continuar con la promoción de la inversión extranjera, y sobre todo permitir el desarrollo de proyectos en OOPP y SSPP; a diferencia de la privatización este modelo no pierde la titularidad pública de los bienes. La doctrina define a la concesión como aquella habilitación temporal a través del cual el Estado otorga a las empresas privadas la posibilidad de realizar OOPP, SSPP y de dominio público.

Para efectos de la presente investigación se entenderá a la concesión como aquel acto administrativo a través del cual el Estado transfiere la gestión (ejecución, explotación, conservación, mantenimiento y/o ampliación) de infraestructura pública dentro de un plazo determinado.

Ante la evolución de las modalidades de inversión privada en el mundo y la necesidad de desarrollar proyectos mayor envergadura en el 2008 se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico a las APP, a través del Decreto Legislativo N° 1012 - “Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada” (en adelante, DL 1012) y su Reglamento, aprobado Decreto Supremo N° 146-2008-EF -normas derogadas-, en los siguientes párrafos haremos referencia a la evolución normativa de las APP. Es preciso indicar que las APP son un tipo de modalidad contractual originaria de la experiencia inglesa, que en líneas generales permiten incorporar experiencia, conocimiento, distribución de riesgos, uso eficiente de recursos públicos, entre otros.

De esta manera observamos que el Estado peruano ha desplegado una serie de esfuerzos políticos, económicos y legales para ser un país atractivo tanto para la inversión privada nacional y/o extranjera. Es claro que nuestro país ha construido y continúa con una política para el fomento de inversión privada mejorando las condiciones del mercado, eliminando barreras burocráticas, restringiendo la actuación del Estado en las actividades económicas y protegiendo a través de la legislación a la inversión privada (2018, pp. 68–69).

2. MARCO LEGAL Y REGULATORIO APLICABLE A LOS TERMINALES PORTUARIOS

La inversión privada en Infra. y SSPP es promovida por el Estado a través de distintas modalidades de inversión privada como las privatizaciones, concesiones y hoy en día las APP; es así como el desarrollo de proyectos de inversión en Infra. y SSPP en los distintos sectores se realizan a través de los PPIP que son conducidos por PROINVERSIÓN y/o los Ministerios, según sea el caso.

De este modo, podemos señalar que la privatización fue la modalidad primigenia de los PIP, materializada en nuestra legislación con el DL 674, esta norma creó la COPRI y promovió la inversión en empresas públicas (que desarrollaban actividad empresarial), a través de distintos tipos contractuales: venta de activos, concesión, asociación en participación, joint venture, entre

otros. La citada norma permitió la reforma en materia de inversión privada que finalmente se consolidó en la Constitución de 1993, y además dio pie a la creación de normas que brindan seguridad jurídica a los inversionistas (contratos ley, convenios de seguridad jurídica, retribución anticipada del IGV y otros).

Respecto a una Segunda Etapa de los PPIP podemos señalar que esta surgió con las concesiones, si bien este marco jurídico e institucional inició con la publicación del Decreto Legislativo N° 758¹ que dicta las normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Público, es recién con la publicación del Decreto Legislativo N° 839² – “Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos” que las concesiones son utilizadas como modalidad para desarrollar proyectos en Infra. Este último decreto creó el PROMCEPRI, comisión que se encargó de conducir los PPIP desde 1996 hasta 1998, año en el cual fue absorbida por la COPPRI, hoy en día denominado PROINVERSIÓN.

El marco jurídico de la concesión se consolidó con la publicación del fenecido Decreto Supremo N.º 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulaba la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos; y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 060-96-PCM, ambos publicados en 1996, ambas normas estuvieron vigentes por más de una década permitiendo la adjudicación de la buena pro de distintos proyectos en Infra. y SSPP.

Una Tercera Etapa de los PPIP surgió con la incorporación de las APP a través del citado DL 1012 y su Reglamento, esta norma sufrió varias modificaciones y fue reemplazada por el Decreto Supremo N° 217-2014-EF, el mismo que a su vez fue modificado parcialmente por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF. Este marco normativo de APP estuvo vigente hasta el 2015, año en el cual se publicó el Decreto Legislativo N° 1224 - Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos; y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

¹ Publicada en 1991.

² Publicada en 1996.

La mencionada norma de APP tuvo como propósito incorporar las lecciones aprendidas de los últimos años en proyectos desarrollados por APP, alcanzando a emitir un marco normativo que integraba la promoción de la inversión privada tanto en proyectos por APP y proyectos en activos; sin embargo, dicha norma fue reemplaza por el DL 1362³ - “Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” (en adelante, el DL 1362 o Ley de APP); y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento del DL 1362).

Esta última norma de APP no difiere en aspectos sustanciales con la norma anterior debido a que los principales cambios está referidos a: i) mejorar el orden y coherencia de sus artículos, ii) especificación de la interrelación entre los distintos actores del sector público; iii) incorporación de soporte especializado contratado por el MEF hacía un proyecto de APP que presente complejidad en su Fase de Ejecución Contractual; iv) creación de un órgano especializado para la gestión de proyectos de APP que coexista con el OPIP del Ministerio correspondiente; v) mecanismo disuasivo de abandono de proyectos, y vi) otros.

Debemos indicar que el DL 1362 tiene como propósito regular los PPIP bajo la modalidad de APP y proyectos en Activos, las APP en general constituyen una modalidad de participación de la inversión privada que se materializan a través de la suscripción de contratos de largo plazo (*contratos de concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente*⁴) entre el Estado y un privado sobre proyectos en infraestructura pública, SSPP y otros. Los cambios constantes en la legislación, al menos en temas de inversiones, podrían generar un clima inestabilidad para los actuales y/o potenciales inversionista, además del hecho que generan la inversión de un mayor número de recursos, por ejemplo, contratar un *staff* de abogados especializados para adaptarse a la nueva legislación.

Cabe resaltar que, al igual que muchos conceptos, no existe una definición exacta y generalizada sobre las APP, cada país ha definido dentro de su legislación interna un concepto de APP y el

³ Norma publicada el 23 de julio de 2018.

⁴ Art. 29 del Reglamento del DL 1362.

procedimiento correspondiente para su aplicación. No obstante, el BID ha señalado que independiente de las particularidades que pueden presentar las APP en cada país, es imprescindible contar con una definición común para comprender la esencia del término, definiéndolo en líneas generales como un contrato a largo plazo en donde intervienen dos partes; por un lado, el sector privado y por el otro el sector público, que a su vez tiene como objetivo brindar un servicio público o un activo (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, p. 6).

Recordemos, que las APP en el Perú se desarrollan a través de una estrecha conexión con los privados, debido al *expertise* que pueden aportar en beneficio del proyecto, por ejemplo, años atrás nuestro país concursaba proyectos bajo el esquema de licitación pública, el cual establecía la asunción por parte del Estado del riesgo de diseño y construcción; en cambio, hoy por hoy se concursan proyectos bajo el esquema de proyectos integrales, en donde el privado es quién asume los riesgos de diseño, construcción y operación, siendo más beneficioso para el Estado.

Las normas nombradas hasta el momento están vinculadas a proyectos que se desarrollan bajo la modalidad de APP. Pero para el caso que nos acusa debemos indicar que los proyectos portuarios pueden desarrollarse por la Ley de APP siempre que se cumpla con las disposiciones establecidas en la noma sectorial, la Ley del Sistema Portuaria Nacional (en adelante, la LSPN o Ley de Puertos). La Ley de Puertos tiene como objeto “...*promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, así como facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos*”, siendo la APN el organismo que velará por el SPN, así como de la promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria y la relación con los distintos actores que coadyuvan en los PPIP de proyectos portuarios.

Según la LSPN, se podrá otorgar a un privado la administración de un terminal portuario bajo cualquiera de las siguientes modalidades: i) Asociación en Participación, ii) Contratos de Arrendamiento., iii) Contratos de Concesión, iv) Contratos de Riesgo Compartido, v) Contratos de Gerencia, vi) Contratos Societarios; y vii) Otras modalidades establecidas en la legislación; hasta por un periodo de 30 años.

Por lo tanto, existe un abanico de posibilidades para administrar un terminal portuario, la elección de una de ellas dependerá exclusivamente de la decisión del Estado o del privado. Aquí debemos recordar que hasta la fecha el Estado ha impulsado a la “concesión” como tipo contractual para las infraestructuras portuarias de uso público.

No obstante, la Ley de Puertos regula otro tipo de modalidad para que un privado pueda administrar un terminal en su art. 8 dispone que aquellos privados que estén dispuestos a desarrollar infraestructura para uso privado y/o público podrán solicitar ante la APN, la emisión de la licencia portuaria que permitirá la operación y administración de la infraestructura portuaria, previo cumplimiento de las correspondientes autorizaciones y habilitaciones reguladas en la LSPN y su Reglamento.

Dicho esto, advertimos que existen dos tipos de modalidades para desarrollar terminales portuarios, la primera es a través de la concesión aplicando la Ley de APP y LSPN y la segunda la licencia portuaria es por la aplicación de la LSPN. No obstante, un mismo tipo de terminales portuarios originados por normativas distinta también podrían ser regulado de manera distinta, materia que será analizada en los capítulos siguientes.

Según la doctrina, regulación es un término anglosajón que ha cobrado importancia en las últimas décadas, y como concepto se ha incorporado en países con influencia jurídica continental europea que se han encontrado en pleno proceso de implementación de políticas públicas para la liberación de su economía, como es el caso del Perú (Zegarra Valdivia, 2008). En particular, los años ochenta en Europa es considerada como la década de la privatización y desregulación, debido a que fue un periodo en donde la regulación se convirtió en la nueva faceta de la administración pública, creándose también las agencias reguladoras para controlar las condiciones en los sectores económicos (Majone, 1994).

Para Baldwin, regulación es entendido como aquel modo identificable desligado de la actividad gubernamental, pero afirma que existen distintas interpretaciones para explicar su significado como: i) aquella actividad sostenida y controlada por una agencia pública sobre lo que es importante para una sociedad, ii) el conjunto de comandos que implica la promulgación de reglas

de cumplimiento obligatorio por parte de determinados usuarios, iii) todas las acciones estatales para influir en el comportamiento social, por ejemplo, a través de incentivos, poderes contractuales, disposición de recursos, entre otras técnicas; esta última es entendida en su sentido más amplio (Baldwin & Cave, 2011, pp. 3–5).

Desde una perspectiva de concepto más amplio, la OCDE señala que las regulaciones son: consecuencia de un vasto sistema de procesos e instituciones que las generan y las ejecutan; e instrumentos tanto formales en distintos niveles (constituciones, leyes, legislaciones, entre otros), así como informales como condiciones para determinar el comportamiento del gobierno, empresas y ciudadanos (Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997).

Quizás podríamos seguir citando autores y llegaríamos a la misma conclusión, esto es, no existe una definición clara sobre lo que es la regulación. Sin embargo, Alza coincide con nuestra opinión que cuando nos referimos sobre regulación puede ser desde distintas disciplinas - Derecho, Economía, Sociología, etc.- y, además, dependiendo del idioma se puede entender de manera desigual, a modo de ilustración señala que, en francés existen dos concepciones: *regulation*⁵ entendida como reglamentación a través de normas jurídicas y *réglementatib*⁶ como intervención del Estado en la economía y, en el caso del Perú, se entiende como regulación y reglamentación [control ejercido por una agencia pública sobre las actividades sustanciales para una comunidad] (Alza Barco, 2011).

Para concluir, Bonifaz⁷ señala que la regulación se justifica en los mercados donde no se asignan adecuadamente los recursos como consecuencia de fallas de mercado, es así que, usualmente los países promulgan una legislación sobre el proceso regulatorio, así como una entidad regulatoria con las competencias suficientes para el desempeño de sus labores, destacando que de la revisión de los modelos regulatorios internacional se observan las siguientes categorías: regulación independiente (regulador independiente), regulación por contrato (régimen regulatorio en instrumento legal) y tercerización de la regulación (consultores o paneles de expertos).

⁵ Palabra escrita en el idioma inglés.

⁶ Palabra escrita en idioma francés.

⁷ Presentación sesión 1: La Regulación de los Servicios Públicos y los desafíos de la sustentabilidad. <http://fiarweb.org/wp-content/uploads/2016/07/09-20-Jos%C3%A9-Luis-Bonifaz.pdf>.

3. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA PORTUARIA Y SU DESARROLLO EN EL PERÚ

Los puertos en nuestro país son considerados las puertas de acceso al comercio exterior de la costa oeste de América del Sur. Aproximadamente el 95 % del comercio internacional se realiza por vía marítima, por lo que, en general, los puertos constituyen piezas indispensables para el crecimiento económico de un país (Carbajal Navarro, 2011). Según los reportes del Banco Mundial en nuestro país para el 2017, las exportaciones para bienes y servicios crecieron alrededor de 8,29% en comparación al 2016.

Por su parte, el Informe de Competitividad Global 2018, ubica a nuestro país en el puesto 63° del índice de Infraestructura de Transporte y en el puesto 96° del índice de calidad de infraestructura portuaria y terrestre (World Economic Forum, s. f.). Dichos puestos permiten concluir que el Perú aún tiene una gran labor por delante, esto es, desarrollar y mejorar la infraestructura portuaria.

En particular, la infraestructura portuaria en nuestro país se empezó a desarrollar por los años 70's con recursos estatales y la operación y mantenimiento estaba a cargo de la empresa estatal ENAPU. Esta empresa al igual que las demás empresas estatal enfrentaron problemas relacionados a la mala asignación de recursos (ineficiencia pública) y en noviembre de 1992, a través del Decreto Ley N° 25882⁸, fue incorporada en el proceso de privatización de empresas públicas creada por el mencionado DL 674.

Asimismo, y considerando la poca inversión en infraestructura portuaria se creó el CEPRI con el propósito de modernizar y hacer más competitivos los puertos del Perú. Las labores encomendadas a este comité fueron las siguientes: i) elaborar el plan de concesión de los terminales portuarios públicos de Paita, Salaverry, Chimbote, Callao Norte, General San Martín, Matarani e Ilo⁹; y ii) seguimiento durante todo el proceso de concesión para lograr éxito

⁸ Derogado por la Décimo tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27943, publicada el 01.03.03.

⁹ https://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/conces_puertos.htm

requerido. Cabe indicar que el proceso de concesión de los puertos inició con licitación pública de los puertos de Ilo y Matarani, siendo este último el único que se adjudicó en 1999.

Una vez concesionado el Terminal Portuario de Matarani se advirtió la inexistencia de regulación sectorial para el desarrollo y operación de los puertos, para tales efectos, se emitió el Decreto Ley N° 27396¹⁰ que suspendía el mencionado Decreto Ley N° 25882, debido a que no era posible continuar con las concesiones portuarias hasta que se promulgue la norma que regule la administración de los puertos en nuestro territorio¹¹. Esta decisión fue muy comentada, obteniéndose opiniones negativas respecto a continuar con las concesiones sin una regulación sectorial, sin embargo, existieron opiniones positivas que resaltaba los efectos favorables que tuvo consigo la concesión de Matarani (Alcázar & Lovatón, 2005, pp. 7–10).

La suspensión del proceso de concesiones portuarias cumplió un rol importante para el sector portuario peruano, ya que, se logró publicar la LSPN (marco regulatorio sectorial) y crear a la APN como entidad rectora de los puertos en nuestro país. La Ley de Puertos se promulgó en el 2003 y un año después se aprobó su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2004-MTC y es en el año 2005 que se aprueba y publica el PNDP, instrumento que articula el marco jurídico, técnico, las políticas públicas portuaria, así como los actores involucrados (agentes, operadores y usuarios). Además, este Plan coadyuvaba al marco regulatorio y a la planificación que el Estado tenía para la inversión en terminales portuarios.

Las referidas normas permitieron al Perú contar con un sistema integrado en materia portuaria (SPN), el cual en su conjunto ha permitido desarrollar aproximadamente 80 terminales portuarios tanto públicos como privados. Cabe indicar que las terminales independientemente de su titularidad podrán ser clasificado como de uso público y/o privados, situación que se abordará en el siguiente capítulo.

¹⁰ Derogada por la Décimo tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27943, publicada el 01.03.03.

¹¹ Ley N° 27396 – Ley que suspende los efectos del Decreto Ley N° 25882, que incluye a ENAPU S.A. en el proceso de privatizaciones, publicada en enero de 2001.

3.1. DEFINICIÓN DE PUERTO Y TERMINALES PORTUARIOS EN EL PERÚ

Durante los párrafos anteriores hemos utilizado de manera indistinta los términos de puertos y terminales portuarios, sin embargo, de acuerdo con la Ley de Puertos estas descripciones poseen definiciones distintas, a continuación, procedemos a explicar el concepto de cada una de ellas para un mejor entendimiento durante la lectura de la presente investigación.

Según la vigésima sexta disposición transitoria final de la LSPN, los puertos¹² son la localidad geográfica y económica en donde se ubican los terminales, así como su infraestructura e instalaciones (terrestres y acuáticas) destinadas para el desarrollo de las actividades portuarias. Para efectos de la investigación, el concepto de puerto será entendido como aquel espacio geográfico que contiene distintos elementos relacionados al trabajo portuario. (Arroyo Tocto, s. f., p. 2).

La LSPN define a una terminal portuaria¹³ como aquella unidad operativa de un puerto que permiten el intercambio modal y servicios portuarios que incluye además la infraestructura, las áreas de almacenaje y aquellas vías que sirve para el transporte de la carga.

Por lo tanto, al referirnos al concepto de puerto no necesariamente nos estamos refiriendo a un terminal portuario, ya que este último constituye una parte de un puerto, siendo posible que en ocasiones un puerto esté conformado por más de un terminal y, en otras que un puerto coincida con una sola terminal -solo en este caso se podrá usar indistintamente los términos puerto y terminal-.

Por ejemplo, el Puerto del Callao está conformado por los terminales de Muelle Norte, Centro y Sur, siendo en este caso el concepto de puerto diferente a terminal; en cambio, en el caso del Terminal Portuario de San Martín cuando nos referimos a puerto también podríamos utilizar terminal, ya que en este caso ambos términos están coincidiendo.

¹² Numeral 17 de la Vigésima Sexta Disposición Transitoria Final de la Ley LSPN.

¹³ Numeral 22 de la Vigésima Sexta Disposición Transitoria Final de la Ley LSPN.

4. ENTIDADES INVOLUCRADAS Y SU ROL

Existen varias instituciones que participan durante los PPIP para el desarrollo de proyectos en infraestructura de transportes, entre ellas, contamos con al MTC, entidad regulatoria del sector transportes creado por la Ley N° 29370 – Ley de Organización y Funciones del MTC. Esta entidad es el ente rector en materia de transportes y comunicaciones ejerciendo competencias exclusivas en todo el territorio nacional, según la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁴ (en adelante, LOPE).

Por su parte, el MTC es competente en materias de aeronáutica civil, infraestructura de transportes, servicios de transportes, infraestructura y servicios de comunicaciones, siendo su principal labor dotar al país un adecuado sistema de transportes en vías, ferrocarriles, tráfico aéreo y marítimo utilizando la mejor herramienta para el desarrollo de estos. En el caso de las infraestructuras de transportes este ministerio ha utilizado modalidades como las OOPP y Concesiones, la utilización de una respecto a la otra dependerán del resultado del análisis de valor de dinero que se realice.

De acuerdo con los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley N° 29370, el referido Ministerio es el encargado de ejecutar la política nacional y sectorial, así como dictar normas y lineamientos técnicos para las mismas, gestionar los servicios e infraestructura de transporte terrestre por carretera, transporte ferroviario y transporte acuático, y servicios portuarios y conexos.

Otro participante es PROINVERSIÓN, organismo público ejecutor, adscrito al MEF, encargado de diseñar y conducir los PPIP en infraestructura y SSPP. Las funciones asignadas a esta entidad están ligadas a promover la incorporación de inversión privada en SSPP y OOPP de infraestructura a través de APP, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional; además, se encarga de brindar servicios de información y orientación al inversionista

¹⁴ Ley publicada el 20.12.07.

de modo tal contribuye a consolidar un ambiente propicio y atractivo para la inversión privada, ello en concordancia con los planes económicos y la política de integración nacional.

Otra entidad vinculada a los PPIP es el OSITRAN, creada en 1998 a través del Ley N° 26917 – “Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo” (en adelante, Ley de Creación del OSITRAN). Dicha entidad a lo igual que los demás organismos reguladores de los SSPP se concibió a raíz de la reforma del Estado en los años noventa.

Si bien estos organismos se crearon para intervenir en aquellas actividades económicas en donde el Estado dejó de brindar servicios directamente su organización interna, funciones y facultades entre cada uno de ellos difería, debido a la creación discontinúa que tuvieron. Es así como, a partir de la publicación de la Ley N° 27332 – “Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos” (en adelante, Ley Marco de los Organismos Reguladores) que tuvo como propósito unificar las funciones de los reguladores en el Perú, se calificó a los mismos como organismos públicos descentralizados adscritos a la PCM, con personería de derecho público interno, autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera¹⁵.

Para efectos del presente trabajo nos centraremos en el OSITRAN como organismo encargado de *"regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras¹⁶, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario"*¹⁷. El ámbito de competencia del OSITRAN es la supervisión de la infraestructura nacional de transporte de uso público, tales como la infraestructura portuaria, aeroportuaria, férrea, red vial nacional y regional y otras infraestructuras públicas de transporte.

¹⁵Artículo 2 de la Ley N° 27332 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

¹⁶ Por entidades prestadoras entendemos a las empresas que tienen como objeto la explotación de infraestructura de transporte a nivel nacional, según el art. 3° de la Ley de Creación del OSITRAN.

¹⁷ Según la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

Una característica de los organismos reguladores es que, dentro de sus ámbitos de competencias, ejercen las siguientes funciones: Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora y Sancionadora, Solución de Controversias y Solución de Reclamos¹⁸.

Adicionalmente, la Ley de Creación establece funciones específicas para el OSITRAN, de cara a la presente investigación nos centramos en aquella dirigida a la administración, fiscalización y supervisión de los terminales portuarios de uso público bajo su ámbito de competencia, precisando además que el Reglamento de la Ley de Creación, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, faculta al OSITRAN para que en única instancia administrativa interprete los CC. Es así como este Regulador podrá interpretar cláusulas del CC en caso exista discrepancia entre las partes, la competencia está asignada a su Consejo Directivo y se hace extensiva a todo el CC, incluyendo anexos, bases y circulares¹⁹.

Por su parte, la Resolución N° 012-2015-CD-OSITRAN del 10 de marzo de 2015 señala lo siguiente:

¹⁸ Art. 3 de la Ley de Organismos Reguladores:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
- b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.”
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

¹⁹ Art. 29 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN.

... el diseño institucional y la normativa vigente han previsto un mecanismo para el cumplimiento eficaz de la función supervisora de OSITRAN, al atribuirle por ley, la facultad de emitir actos administrativos declarativos (constituidos por las interpretaciones de los contratos de concesión), con efectos jurídicos sobre éstas. La finalidad de otorgar a OSITRAN la función de “interpretación de los contratos de concesión”, se sustenta en la necesidad de dar al organismo una herramienta indispensable para que, como actuando como ente supervisor del cumplimiento del Contrato de Concesión, esté en real capacidad de ejercer eficazmente sus funciones.

Siguiendo con el propósito de esta investigación -infraestructura portuaria de uso público- debemos señalar que el sector portuario cuenta con una entidad técnica denominada APN que fue creada a través de la LSPN y constituye un organismo técnico especializado encargado del Sistema Portuario Nacional adscrito al MTC. Esta entidad cuenta con personería jurídica de derecho público interno, autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera; y con facultad normativa por delegación expresa del MTC.

La APN se encarga de fomentar, regular y supervisar todas las actividades relacionadas a los puertos, así como las actividades y servicios portuarios, buscando el fomento de la competitividad de estos hacia el mercado exterior siempre bajo lo establecido en el PNDP. Este último documento tiene carácter nacional, es elaborado por la APN y dentro de sus objetivos se encuentra la planificación y proyección de las necesidades de inversión (pública o privada) de los puertos en nuestro país, a fin de mejorar la capacidad portuaria y ofrecer condiciones adecuadas para competir en igualdad de condiciones con otros puertos de la región.

Es importante señalar que el transporte marítimo y el desarrollo portuario han ido evolucionando conforme a las exigencias del comercio a nivel mundial, es así como, la APN tiene como pilar desarrollar instalaciones portuarias eficientes para ofrecer adecuados servicios portuarios y hacer que los mismos sean competitivos y atractivos para los potenciales usuarios como navieras o dueños de la carga.

Otra entidad involucrada es ENAPU, empresa pública creada por Decreto Ley N° 17526, que forma parte del sector transportes y cuyas funciones están orientadas a la administración,

operación y mantenimiento de los terminales portuarios a lo largo del territorio nacional, sean marítimos, fluviales o lacustres. Las competencias de esta entidad están ligadas a la administración de los terminales portuarios de titularidad pública, así como de sus actividades y servicios portuarios que se brindan dentro de ellos, y ningún sentido interfiere con las funciones de la APN, según las disposiciones de la LSPN.

Por su parte, el Reglamento de Organización y Funciones de ENAPU, aprobado por Acuerdo Directivo N° 0836-06-2005-D, establece las siguientes funciones:

- i) *administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales, muelles y otros similares, sean marítimos o fluviales; y,*
- ii) *realizar actividades referidas al Negocio Portuario de tipo marítimo y fluvial, Terminal de Almacenamiento, depósito aduanero, estiba, desestiba, almacén general de depósito, transporte de carga o similares.*

Adicionalmente, contamos con la participación DICAPI que es la autoridad marítima, fluvial y lacustre nacional adscrita al MINDEF encargada de la seguridad de la vida humana, protección del medio ambiente y sus recursos naturales, así como reprimir el acto ilícito, ejerciendo el control y vigilancia de todas las actividades que se desarrollen en el medio acuático²⁰.

El Decreto Legislativo N° 1147 que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2014-DE, establecen su función de *“normar en lo técnico, operativo y administrativo todo asunto vinculado a las actividades que se realizan en el medio acuático y/o franja ribereña”*. Es importante indicar que hacemos referencia a la participación de esta entidad por la participación en la emisión del derecho de uso de área acuática²¹ en el caso de las autorizaciones portuarios, situación que será descrita en el siguiente capítulo.

²⁰ <https://www.dicapi.mil.pe/organizacion/mision-vision>. Consulta: 15.10.18.

²¹ DICAPI previa opinión de la APN emite una resolución que constata la no existencia de derechos a favor de terceros en el área que solicita el titular privado para el desarrollo de su terminal privado, según lo dispuesto en la LSNP.

CAPÍTULO II

LA OPERACIÓN DE PUERTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL PERÚ

El Perú como país en desarrollo ha ido promocionando a lo largo de estas últimas décadas la inversión privada en distintos sectores como el portuario, aeroportuario, ferroviario y vial con el objetivo de aportar en la política nacional de la reducción de la brecha de infraestructura. Según AFIN la brecha asciende a US\$ 6 287 millones en un largo plazo (2016-2025), cifra que continuará en aumento si se obvian aspectos de planificación del gasto público en sectores vitales para el país como es el caso de transportes (intensivos en gasto de capital) y la mejora de la competitividad que permita atraer capitales extranjeros para el desarrollo de proyectos en Infra. y SSPP.

Nuestro país es deficitario en infraestructura, siendo los terminales portuarios una de las Infra. que más se requiere intervenir en el más corto plazo. A la fecha, contamos con ocho concesiones de terminales portuarios de uso público y más de cuarenta licencias portuarias sobre terminales de uso privado, según las cifras publicadas por la APN²². Esta diferencia en número entre las concesiones y licencias no es arbitraria, ya que responde a una serie de componentes que coadyuvan en la toma de decisiones de la parte privada (es decir sobre el inversionista) para desarrollar terminales privados antes que públicos.

1. MODALIDAD DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

Las modalidades de inversión privada son una herramienta ventajosa para un país como el Perú, debido a la característica en su economía pequeña y abierta, las políticas de gastos e inversión dependen de los ciclos de crecimiento económico (Castillo, Montero, & Tuesta, s. f.). Así, los niveles de inversión en infraestructura dependerán directamente de la capacidad presupuestal estatal, sin embargo, las modalidades de inversión como las concesiones y APP pueden resolver el problema de restricción presupuestaria al establecerse esquemas de repago de la inversión

²²<https://www.apn.gob.pe/site/wp-content/uploads/2017/03/pdf/Q8NABENP27YILMOB6HDT0IGXZOXDGRSFVEC9.pdf>

privada de forma diferida, generalmente posterior a la etapa de ejecución de obras y por un plazo determinado.

La creciente necesidad de inversión en infraestructura para impulsar el crecimiento y contribuir con una convergencia económica y social, en términos de eficiencia y minimización de costos, nos lleva a preguntarnos ¿Cuál será la mejor estrategia de hacer esa inversión con unos costos razonables y de modo eficiente?, la respuesta está orientada a la búsqueda de modalidades alternativas de financiamiento, como consecuencia de las limitaciones presupuestarias en nuestro país.

Es así como la utilización de una APP como modalidad contractual para el desarrollo de Infra. y SSPP ha sido considerada la mejor forma de promover la inversión privada (Davies, Eustice, & Massó, s. f., pp. 4–10). El BID refiere que las APP cuenta con una característica significativa como es la compartición de riesgos, en la que el privado asume la gestión del proyecto (riesgo significativo en proyectos de infraestructura) y los esquemas de pagos están en función al desempeño (niveles de servicio).

Si bien inicialmente para desarrollar infraestructura de transportes nos basamos en el modelo concesional con ingresos provenientes de las tarifa de peajes pagado por los usuarios finales, hoy por hoy el concepto se extendió a un mayor número de infraestructuras públicas (no solo relacionadas al transporte) incorporando, además, que los servicios serán pagados por el sector público y no por los usuarios finales (Davies et al., s. f., p. 13). En general, las APP son una modalidad de participación que no solo te permite el desarrollo de proyectos en Infra. de transporte, sino que se extiende a proyectos en otros sectores como, por ejemplo: educación, saneamiento, electricidad, hidrocarburos, penitenciarios, salud, telecomunicaciones, etc., que hoy por hoy se están desarrollando en nuestro país.

Los planificadores (MEF) ampliaron el alcance del marco normativo de APP a fin de cubrir estas necesidades, así como promover la inversión privada e incrementar el gasto público, ello se ve reflejado en el hecho que cada fin de año los Ministerios ejecutan las acciones necesarias para llegar a la meta de gasto de presupuesto, reordenando de distintas maneras los saldos y pagando

el mayor número de PAO y CAO (Art 12 de la Ley de Presupuesto de 2018 que se viene repitiendo año tras año).

Conviene destacar que los planificadores notaron que el propio mercado estaría interesando en ingresar en sectores en los cuales antes no era posible, como el de salud, penales, y seguramente muchos otros que vendrán en el futuro, esto por qué, existe una demanda potencial. Luego de ello, la discusión estaría en que el privado está conforme en construir y brindar un servicio, pero a qué precio, cuestionándonos si ¿con ese precio alcanzamos un óptimo?, o consideramos que sería mejor quedarnos sin construcción y sin servicio para no perder tanto como lo que estoy perdiendo por pasar por ese peaje.

Asimismo, las grandes inversiones en Infra. no podrían desarrollarse adecuadamente sin un marco jurídico pues la incertidumbre desincentiva la inversión privada, o la hace más costosa, lo que se verá reflejado en mayores costos para el usuario, y menores niveles de servicio, o con una distribución de riesgos desequilibrada. La claridad en los procedimientos para la ejecución de inversiones reduce las indecisiones que podrían afectar tanto al sector público como privado, además un elemento vital en este tipo de temas es la seguridad jurídica que un país proyecta para atraer y mantener la inversión privada.

La experiencia portuaria reciente nos muestra que la parte pública ha optada por esquemas de APP con proyectos económicamente sostenibles; es decir, las características de la economía y los altos niveles de demanda hicieron atractiva la inversión en el desarrollo de Infra. portuaria, asegurando la inversión a través de CC con ingresos por tarifas definidos y regulados. Este comportamiento se replicó en diversos puertos, de tal forma que no fuera necesario cofinanciar los proyectos portuarios con altos niveles de demanda, a diferencia de otros sectores en donde se han aplicado políticas para paquetes de cofinanciamiento por los niveles de demanda inciertos que no permitan proyectos autofinanciados.

No obstante, estos mercados, o bienes y servicios públicos con condiciones favorables de demanda o disposición de pago son finitos han sido una opción atractiva para la parte privada;

debido a que estos espacios en los que la demanda presenta considerables niveles son los primeros que han sido concesionados.

La demanda económica es el elemento principal para el desarrollo de las terminales, asimismo existen otros que influyen en su creación como es el caso de las condiciones geográficas, históricas, comerciales, entre otros. Estas características en su conjunto han permitido la definición de modelos gestión, la estructura de la infraestructura y, de ser el caso, la regulación aplicable a los terminales portuarios (De Rus Mendoza, 2006).

Asimismo, durante la estructuración de un proyecto se debe de tener en cuenta la operación portuaria como uno de los aspectos técnicos más importante a considerar, toda vez que el mismo abarca aspectos administrativos (personal, activos, sistemas, etc.) y técnicos vinculados a los servicios dirigidos a la nave y a la carga los cuales deben de estar adecuadamente establecidos y regulados, considerando dentro de la evaluación el interés de los usuarios. Ahora bien, con el ánimo de comprender como se han desarrollado los terminales portuarios de uso público en nuestro país explicamos lo siguiente.

1.1. TERMINALES PORTUARIOS PÚBLICOS

Los terminales portuarios públicos más importantes en nuestros países han sido concesionados, debido a la necesidad de mejorar la infraestructura y niveles de servicios portuarios, recordemos que el privado en una concesión no solo invierte, sino que también se compromete a administrarlos respetando cada una de las obligaciones estipuladas en el CC. Las concesiones portuarias en su totalidad son de uso público, sin embargo, antes de continuar con este tema corresponde preguntarnos: ¿Qué es un terminal portuario de uso público?

Previo a responder a la pregunta, recalamos que al inicio de la investigación explicamos el concepto de “puerto” y “terminal”, ahora detallaremos la clasificación de los terminales regulados en la LSPN de acuerdo con lo siguiente: i. titularidad de sus instalaciones (públicos o privados), ii. ocupación y uso (uso general o público y de uso exclusivo o privado), iii. actividad

que desarrollan y iv. ubicación. Estas descripciones podrían resultar complicadas y hasta enredadas para cualquier lector, por ello detallamos lo siguiente:

La titularidad de una terminal portuaria podrá ser pública o privada, ello se determina conociendo al sujeto activo que invierte en la terminal en este caso será el Estado o el Privado. Respecto a la titularidad pública, esta responde a un concepto de dominio público portuario²³ que, en línea general, es aquel conjunto de bienes estatales afectados para las actividades portuarias (terrenos, inmuebles, equipamiento, infraestructura e instalaciones); en cambio, la titularidad privada responde a un conjunto de bienes e infraestructura netamente privado (en términos de inversión y riesgos).

Una vez entendido el concepto de “titularidad” de un terminal corresponde explicar el tipo de uso aplicable a los mismos. Según la LSPN existen los dos siguientes tipos: i) general o público y ii) exclusivo o privado. Con el propósito de utilizar una sola denominación para los tipos de uso solo haremos referencia a los términos “público” o “privado”.

Los terminales portuarios de uso público son aquellos con infraestructura y equipamiento preparados para la atención de diversos tipos de carga de terceros, teniendo como obligación brindar servicios portuarios al público en general (a todos los usuarios que así lo requieran). Dentro de esta clasificación están los terminales públicos de Ilo, Matarani, San Martín, Chimbote, Salaverry, Paita y Callao, los cuales fueron administrados por ENAPU en su oportunidad y luego concesionados, conforme más adelante se explicará. En contraposición encontramos a los terminales portuarios privados que si bien poseen una Infra. y equipamientos esbozados para la carga y descarga está destinadas para brindar servicios a su propia empresa y/o empresas vinculadas.

Antes de continuar con las diferencias entre terminales de titularidad y uso público o privados resulta necesario entender el origen y tratamiento legal para cada uno de ellos, a fin de poder

²³ Numeral 7 de la Vigésimo Sexta Disposición Transitoria Final de la Ley LSPN.

comprender la distorsión que pueda generarse entre la regulación dispuesta para la concesión en la Ley de APP y la licencia portuaria en la Ley de Puertos, conforme se describe a continuación:

1.1.1. PUERTOS OPERADOS POR ENAPU

ENAPU se creó para administrar los terminales portuarios del Perú, no obstante, su participación empezó a relegarse a partir del otorgamiento de las concesiones sobre las infraestructuras portuarias a empresas privadas. Hoy en día solo mantiene la operación de los terminales de Ilo, MASP Arica, Huacho, Supe, Iquitos, Yurimaguas y Puerto Maldonado, si bien esta entidad pública tiene muchas limitaciones (presupuesto limitado y exceso de gastos frente a los ingresos) su comportamiento en el sector ha sido aceptable, pero con cifras que van en descenso, reduciendo el bienestar general debido a que los recursos podrían destinarse a otros bienes y servicios con altas brechas.

A continuación, describiremos brevemente los terminales que fueron administradas por ENAPU y que hoy se encuentran concesionados.

Una infraestructura portuaria administrada por ENAPU fue la Terminal de Matarani (en adelante, el TP Matarani) hasta su concesión en 1999, esta terminal funcionaba y continúa bajo el esquema de *tool port* (varios operadores para los diferentes servicios). Como bien señalamos la concesión de este terminal fue trascendental debido a que gracias a la misma se pudo implementar políticas portuarias y el marco normativo-regulatorio que permitieron en su conjunto avanzar con el modelo concesional portuario.

El siguiente puerto operado por ENAPU y concesionado el 24 de julio de 2006, fue la Zona Sur del puerto del Callao (en adelante, el TP Zona Sur del Callao). El esquema con que funcionada este terminal fue el *tool port* (varios operadores para los diferentes servicios), en su oportunidad representó el 76% del total de operaciones portuarias a nivel nacional por el movimiento de un total de carga de 13'740,675 toneladas (exportación, importación y transbordo). Según las cifras reportadas por ENAPU. El desempeño era adecuado, conforme al balance general al 2004 (antes de la concesión), sin embargo, se advertían costos elevados ascendiendo a un total de 66,962,130.

Asimismo, el aumento de la demanda se iba incrementando cada año, tal como se muestra en la siguiente tabla, el intercambio de bienes es una actividad comercial internacional que genera tráfico de carga entre países, situación fundamental para justificar el transporte marítimo. En ese sentido, las terminales cumplen un rol fundamental para dicho intercambio. Es así como, considerando que el puerto del Callao era y continúa siendo un puerto importante en la región sur de América Latina, resultó evidente la necesidad de acrecentar la infraestructura, capacidad y niveles de servicios de cara a los usuarios y a nuestra competitividad como país.

A continuación, mostramos una tabla en donde se muestra las cifras de movimiento de carga de esta terminal antes de su concesión:

Tabla 1. Tráfico de carga TP Zona Sur del Callao



Elaboración: ENAPU 2005.

Es importante mencionar que los servicios portuarios que se brindaban en este terminal eran los siguientes:

- a) Servicios para provisión de la infraestructura brindado por ENAPU²⁴;
- b) servicios para el atraque: practicaje y remolcaje²⁵;
- c) servicio de manipulación de carga: Estiba y desestiba²⁶ y Almacenamiento²⁷.

²⁴ El principal servicio es el uso del muelle, tanto por la nave (tarifa de uso de amarradero) como por la carga (tarifa cargada al usuario según tipo de carga).

²⁵ Mercado libre por empresas privadas y amarre y desamarre que era prestado por ENAPU.

²⁶Servicio no regulado, mercado con baja concentración.

²⁷Servicio no regulador porque existe competencia.

Tabla 2. Servicios Portuarios TP Zona Sur del Callao

Tipo de servicio	Proveedor	Regulado: R Libre: L
Provisión de infraestructura		
* Uso de amarradero	ENAPU	R
* Uso de muelle	ENAPU	R
Atraque y desatraque		
* Practicaje	Privados	L
* Remolcaje	Privados y ENAPU	L
* Amarre y desamarre	ENAPU	R
Manipulación de carga		
* Estiba y desestiba	Privados	L
* Transferencia	Privados	L
* Pesaje	ENAPU y Almacenes privados	L
* Almacenamiento	ENAPU y privados	L

Elaboración: PROINVERSIÓN 2005.

La tabla expone que no todos los servicios eran brindados por ENAPU, lo que genera la intervención de más de un actor durante el ciclo de descarga de una embarcación, lo que conlleva a que una embarcación esté un mayor tiempo dentro de la terminal, elevando así los costos transportes y los riesgos para el usuario.

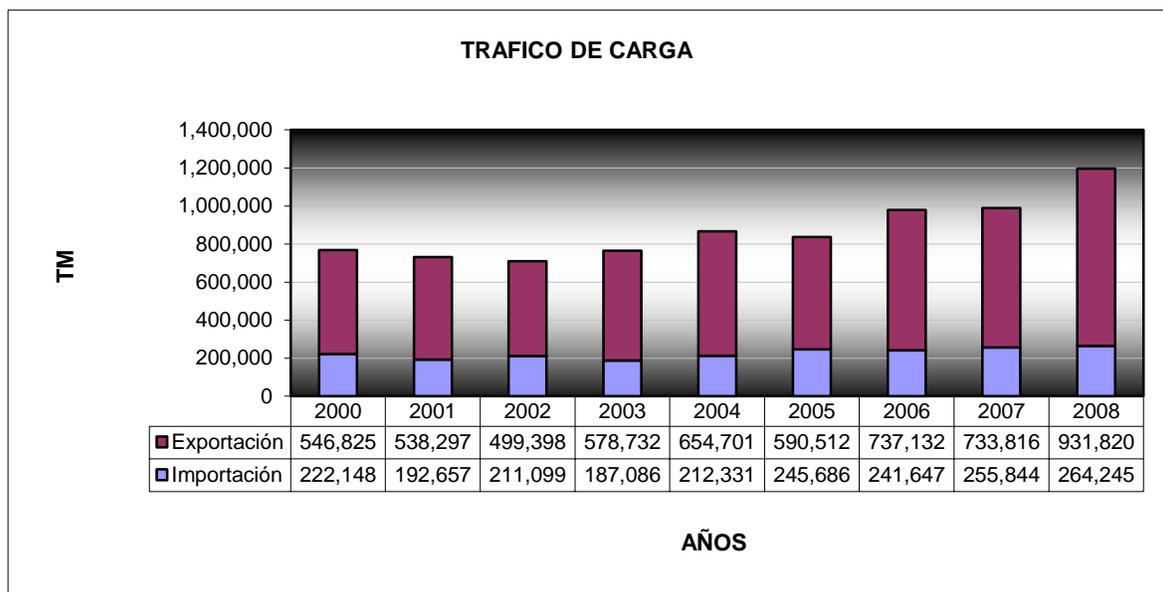
En la misma línea el Terminal Portuario de Paita (en adelante, TP Paita) administrado por ENAPU hasta su concesión del 31 de marzo de 2009, era el segundo puerto más importante en el movimiento de contenedores (el primero es el TP Zona Sur del Callao). Este terminal funcionaba bajo un esquema de *tool port* (varios operadores para los diferentes servicios), a partir de 1999 registró un aumento en el tráfico de contenedores por un aproximado del 17% anual, situación que evidenciaban un crecimiento por la implementación de los TLC suscritos con Estados Unidos²⁸, Chile²⁹, Canadá, Singapur y China.

En la siguiente Tabla mostramos el tráfico de carga de este terminal desde el 2000 hasta 2008, un año antes de su concesión:

²⁸ TLC suscrito el 12. 04.06 y vigente desde el 01.02.09.

²⁹ TLC suscrito el 22.08.06 y vigente desde el 01.03.09.

Tabla 3. Tráfico de carga TP Paita



Elaboración: PROINVERSIÓN 2008.

Los servicios portuarios brindados en esta terminal eran los siguientes:

- a) Servicios para provisión de la infraestructura brindado por ENAPU³⁰;
- b) servicios para el atraque: practicaje y remolcaje³¹;
- c) servicio de manipulación de carga³².

En este terminal los servicios portuarios eran brindados por ENAPU, Agencias Portuarias, Terminales Extraportuarios, generando así que la suma de todos los costos por el manejo de la carga para los importadores y exportadores sea mucho más alta que si lo brindara solo un operador. En tal sentido, otorgar dicho puerto a un privado, a través de una concesión, para que brinde dichos servicios en exclusiva (tarifa integrada) sería más beneficiosa para el usuario en términos de ahorro de costos y tiempo.

Otro Terminal administrado por ENAPU fue el Terminal Norte Multipropósito del Callao (en adelante, TP Muelle Norte del Callao), concesionado el 11 de mayo de 2011, y gestionado

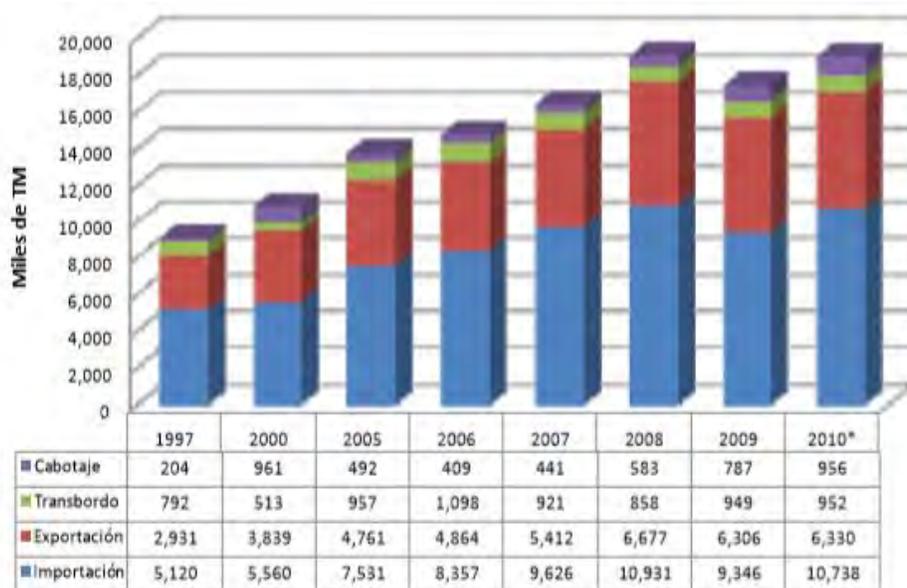
³⁰ Amarre, desamarre y uso de amarradero.

³¹ Mercado libre por empresas privadas.

³² Mercado libre por empresas privadas.

inicialmente bajo el modelo *public service port*, luego *tool port*, y finalmente *landport*. Este terminal se encuentra en una ubicación privilegiada dentro de la parte central de Costa Oeste de América del Sur, y pese a sus limitaciones en Infra., el tráfico de carga se ha ido incrementando cada vez más en el transcurrir de los años, condición que evidencia la importancia de la terminal, conforme se muestra en la siguiente tabla (solo se muestra el tráfico de carga hasta antes de su concesión).

Tabla 4. Tráfico de carga TP Muelle Norte del Callao



Elaboración: PROINVERSIÓN 2010.

En este terminal los servicios para el atraque y de manipulación de carga eran brindados tanto por empresas privadas como por ENAPU en régimen de libre competencia, tal como se habían desarrollado en los puertos antes señalados.

Siguiendo la misma línea, el Terminal Portuario de Yurimaguas (en adelante, el TP Yurimaguas) es considerado como un terminal de vital importancia para la red fluvial de la Amazonía que permite la interconexión de centros poblados de la región norte de la selva peruana con Brasil. Dicho terminal funcionaba bajo un modelo *Tool Port* administrado por ENAPU y su infraestructura no se encontraba en condiciones adecuadas para gestionar el embarque y desembarque de carga y pasajeros, por lo que motivó la construcción de un nuevo terminal denominado Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma (en adelante, TP Yurimaguas - Nueva Reforma).

El TP Yurimaguas tiene como movimiento principal el traslado de carga general destacando productos de primera necesidad, productos industriales, cerveza, cemento, entre otros; a diferencia de los terminales marítimos este no transporta cargas contenedorizadas, y considerando la geografía de la zona, existe el traslado de pasajeros de forma regular, recordemos que en la selva peruana el medio de transporte más utilizado es el fluvial.

A continuación, mostramos el siguiente gráfico que muestra las cifras del total de carga movilizada en el TP Yurimaguas desde 1999 hasta el 2007, el número de embarque y desembarque de la carga a partir del año 1999 que va en aumento y luego disminuye considerablemente a partir del 2003.

Tabla 5. Tráfico de carga TP Yurimaguas

PUERTO FLUVIAL YURIMAGUAS					
AÑO	Naves (Nº)	Contenedor (Unid.)	Desembarque (TM)	Embarque (TM)	CARGA TOTAL (TM)
1999	183	0	14,431	22,532	36,963
2000	444	0	25,081	92,809	117,890
2001	393	0	28,231	83,896	112,127
2002	331	0	28,064	75,430	103,494
2003	189	0	24,066	61,759	85,824
2004	116	0	25,778	31,087	56,866
2005	290	0	24,868	36,871	61,739
2006	300	14	33,867	34,595	68,462
2007	375	3	36,755	52,048	88,803

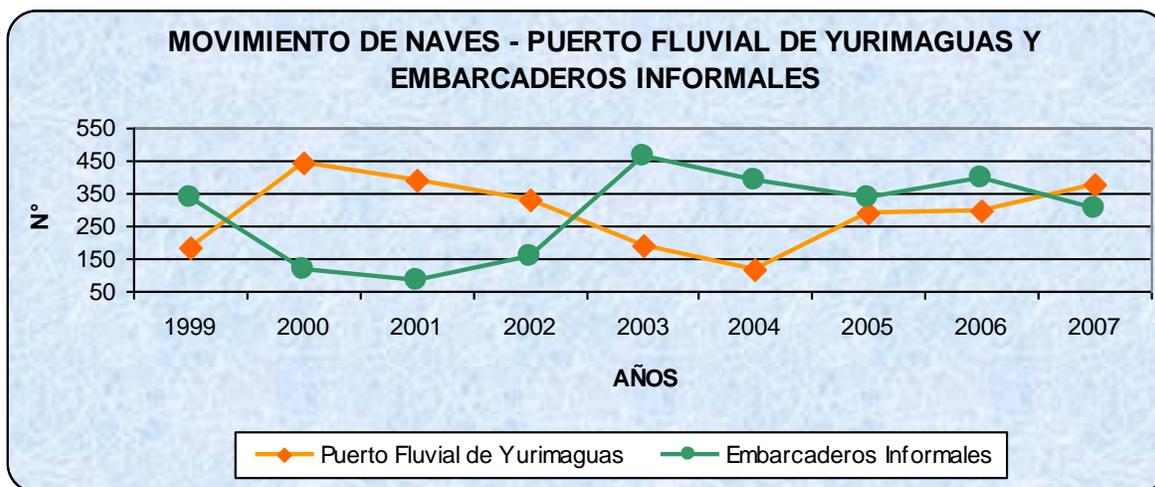
Fuente: Puerto Fluvial de Yurimaguas 1999-2007, ENAPU S.A.

La disminución del tráfico de carga en este puerto ha respondido a la creación de embarcaderos informales que, a pesar de sus pésimas condiciones de infraestructura y servicios compiten de manera directa con ENAPU debido al tipo de nave que arriba a este puerto. El tipo de naves es de tipo lanchón, chata y menores que si bien necesitan un lugar de origen y destino, no requieren de los elementos físicos apropiados en un puerto para el buque o la manipulación de la carga.

Por ejemplo y como viene sucediendo en estas terminales informales las naves atracan a través de la colocación de una madera que conecta la nave y el área terrestre e inician el embarque/desembarque de la carga, a continuación, mostramos una tabla en donde se muestra

el crecimiento de este tipo de terminales desde 1999 hasta 2007 (año antes de concesionarse el puerto).

Tabla 6. Movimiento de naves - TP Yurimaguas y embarcaderos informales

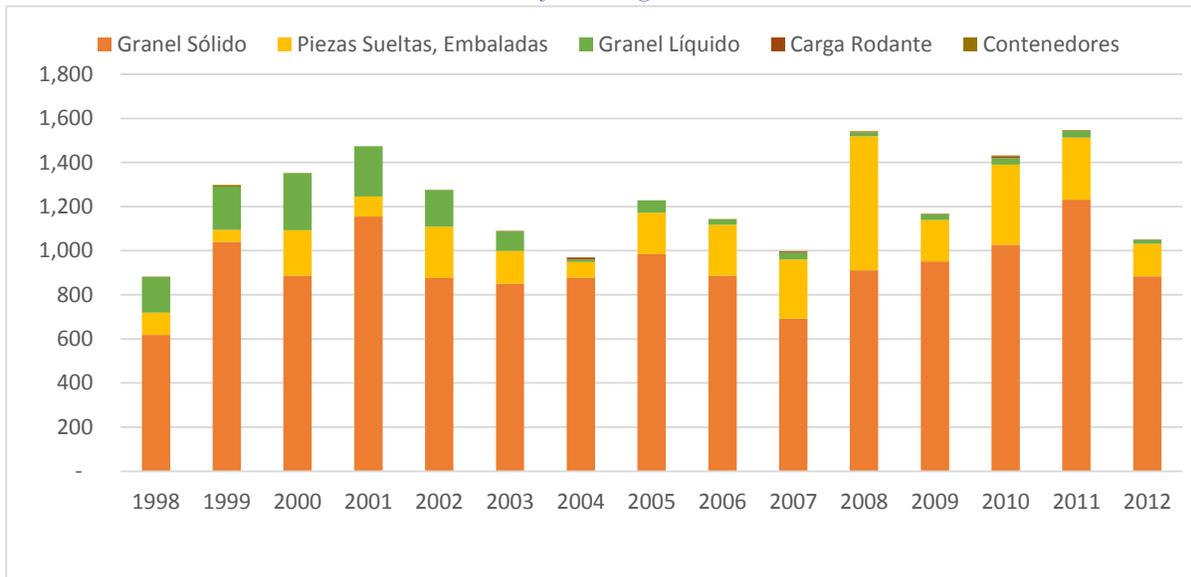


Fuente: Boletín ENAPU S.A.

Otro terminal importante, es el Terminal Portuario General San Martín -Pisco (en adelante, TP San Martín) concesionado el 21 de julio de 2014, en su oportunidad también fue administrado por ENAPU bajo el modelo de *tool port*. Según las cifras de ENAPU³³, en los 10 años previos a la concesión el terminal atendió un volumen de carga de 1.2 millones de toneladas/año, principalmente en granel sólido y fraccionada. A pesar de las limitaciones condiciones de la terminal luego del sismo del 2007, esta continuó operando hasta su concesión.

³³ Reporte de ENAPU 2010.

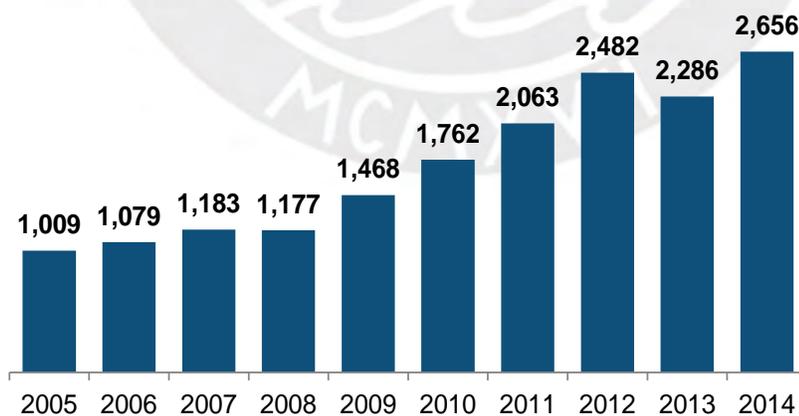
Tabla 7. Tráfico de Carga TP San Martín



Fuente: Boletín estadístico ENAPU S.A.

Finalmente, el Terminal Portuario de Salaverry (en adelante, TP Salaverry) ha sido concesionado el 01 de octubre de 2018, este también fue administrado por ENAPU bajo el modelo de *tool port*. Según las cifras de ENAPU, desde el 2005 hasta el 2014 atendió un volumen de carga de 2.6 millones de toneladas/año, principalmente en granel sólido, conforme se muestra a continuación:

Tabla 8. Tráfico de carga TP Salaverry



Fuente: Boletín estadístico ENAPU S.A.

En resumidas cuentas, los terminales portuarios públicos que fueron concesionados carecían de infraestructura y una adecuada gestión y provisión de servicios dentro de las mismas, a pesar de las limitaciones de ENAPU cada año aumentaba el tráfico de carga, haciéndose más complicada la labor de dicha empresa estatal. La eficiencia en los puertos -correcto funcionamiento de los servicios- es un factor de vital importancia para atraer líneas navieras internacional, abriendo así el mercado para la exportación y/o importación y la mejora en la competitividad como país, por ello como política nacional que promueve la inversión privada se impulsó las concesiones de las referidas terminales de uso público.

1.1.2. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PORTUARIAS

En el CC se establecen los derechos y obligaciones de las partes involucradas. Según la Ley de APP, la concesión es el acto administrativo ejecutado por las entidades públicas (Ministerios, Gobiernos Regionales y Locales) para otorgar a un privado la ejecución, desarrollo y explotación de una Infra. y/o la prestación de un SSPP, debidamente estipulado en un contrato por un plazo definido³⁴. Este tipo de contratos tienen como fin principal la prestación del servicio en términos de calidad y continuidad en el tiempo; además cuentan con aspectos relevantes como el interés público y cláusulas exorbitantes a favor del Estado.

En nuestra legislación, la modalidad contractual para el desarrollo de proyectos en Infra. y SSPP son las APP, y estas se materializan a través de determinados tipos de contratos, en el caso de los terminales portuarios de uso público, es a través de la concesión. La principal característica de las APP es la larga duración de los contratos y la distribución de riesgos entre las partes « pública y privada», esta distribución dependerá esencialmente de quién se encuentre en mejor posición de asumir (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016).

A la fecha se han concesionado ocho terminales portuarios, seis de ellos se han originaron por iniciativa estatal, y los dos restantes por IP³⁵. La legislación en APP dispone que los proyectos

³⁴ Artículo 5 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

³⁵ El Terminal de Embarque de Minerales en el TP del Callao y el Terminal Portuario de Salaverry se originaron a través de la presentación de iniciativas privadas autofinanciadas.

en Infra. y SSPP pueden desarrollarse a través de la IE e IP. La IE es una decisión que adoptada una entidad pública para ejecutar un proyecto de inversión pública que se encuentra prevista en su planificación sectorial; a diferencia de la IP, que es un proyecto propuesto por el privado y que no necesariamente el Estado lo tiene previsto en su planificación.

Respecto a los proyectos portuarios, debemos indicar que si su alcance es nacional son de competencia de la APN, siendo este último el OPIP encargado del diseño y conducción del PPIP de las iniciativas privadas y estatales³⁶, pudiendo celebrar convenios de cooperación con PROINVERSIÓN, conforme lo dispone el Reglamento de la LSPN. Por lo tanto, a la fecha dichas entidades tienen un convenio de cooperación³⁷ en donde la APN encarga a PROINVERSIÓN los PPIP de los terminales portuarios de titularidad pública y de alcance nacional, sin que la primera entidad pierda su competencia.

El referido encargo responde al *expertise* y nivel de especialización con los que cuenta PROINVERSIÓN, además esta entidad tiene un régimen especial para la contratación de servicio técnico altamente -proceso simplificado de contratación exonerados de la Ley de Contrataciones con el Estado-. Cabe indicar que en el caso de las concesiones portuarias ha sido PROINVERSIÓN quien se encargó de la conducción de todos los PPIP de los terminales portuarios marítimo de uso público, a excepción del TP de Matarani que se concesionó previo a la publicación de la LSPN y de la creación de esta entidad.

Continuando con los CC debemos señalar que los mismos tienen sus particularidades y complejidades y que, en ningún caso un contrato es igual a otro. De acuerdo a Spiller, los CC se caracterizan por ser contratos incompletos, en gran medida, el nivel de imperfección es elegido por las partes y el principal riesgo dentro de este tipo contractual es un comportamiento oportunista por cualquiera de las partes ante transacciones complejas (Spiller, 2008).

³⁶ Vigésimo Octava Disposición Transitoria Finales de la Ley LSPN.

³⁷ Este convenio es una modalidad de colaboración entre entidad públicas, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Los contratos públicos como es el caso de los CC generan riesgos para ambas partes, Estado y/o privado, destacando el riesgo por parte del oportunismo gubernamental o privados. Respecto al oportunismo gubernamental nos referimos a la capacidad de los gobiernos para cambiar las reglas de juego, a través de la utilización de sus poderes gubernamentales para así emitir legislaciones nuevas a su favor – y -, en el caso, de oportunismo privado refiere a aquella actitud de retener información privilegiada para sacar ventaja como por ejemplo la asimetría de información. Este tipo de conductas oportunistas pueden mitigarse a través de la regulación por contrato.

Asimismo, el citado autor explica que el CC es el acto administrativo a través del cual el Estado concede un derecho al privado para realizar un servicio público. Los CC se diferencian de otros instrumentos jurídicos debido a que toman la forma, básicamente como licencias de explotación que integran el marco regulatorio para guiar la ejecución del proyecto determinando obligaciones y derechos tales como tarifas, niveles de servicio, sanciones, régimen de bienes, garantías, seguros, resolución de controversias, entre otros.

Es así como, la regulación es una alternativa para evitar cualquier menoscabo a los intereses del colectivo. Según Baldwin, la regulación ha sido definida de varias maneras, originariamente era entendida como control concentrado por una agencia pública sobre las actividades que son valoradas para una comunidad, otras como un conjunto de comandos específicos donde se aplica la promulgación de un conjunto de reglas vinculantes. En el sentido más amplio, regulación abarca todas las acciones estatales para influir en los negocios o el comportamiento social; así como otros modos de influencias [incentivos económicos, poderes contractuales, suministro de información u otras técnicas] (Baldwin & Cave, 2011).

Por su parte, la necesidad de los Estados de financiar proyectos en Infra. y SSPP han conllevado a que la inversión privada vaya en aumento, involucrando a la parte privada no solo en el financiamiento sino también en la explotación. Si bien el Perú ha promovido diferentes acciones para mejorar los procesos de ejecución de un proyecto los tiempos continúan siendo bastante largos. A pesar de la experiencia que contamos como país en PPIP, aún no reducimos los

tiempos de ejecución de proyectos, ello responde a un conjunto de factores como la carencia de políticas públicas, indecisión política, falta de planificación y priorización de proyectos.

Otro factor importante que considerar es el marco jurídico porqué, a una década de haberse publicado la primera Ley de APP, aún no podemos afirmar que contamos con un régimen predecible en forma y tiempo para el desarrollo de un proyecto bajo la modalidad de APP. Por el ejemplo, habiéndose suscrito varios contratos de concesión portuarios, el TP Salaverry demoró más de 6 años en adjudicarse³⁸.

Desde una perspectiva positiva, las demoras responden a un trabajo más conciso y profundo por la parte pública, por ejemplo, PROINVERSIÓN durante un PPIP de un proyecto desarrolla varias versiones de contrato, que son publicados en la página web con el propósito que los privados puedan remitir sus comentarios, aportes y/o sugerencias. La interacción entre la parte pública y privada trae consigo varios beneficios: i) mayor número de interesados, ii) cláusulas mejor redactadas, iii) bancabilidad del proyecto, iv) otros. No obstante, podría darse situaciones negativas como asimetría de la información por la parte privada, ya que estos por su experiencia estarían en mejor posición de conocer los costos de inversión y de O&M, así como de aspectos no regulados en los cuales pueda potenciar su comportamiento de monopolista.

Por lo tanto, la parte pública siempre deberá evaluar la propuesta privada y regular en tanto sea posible, por definición los contratos no son perfectos, y se requieren de cláusulas claras que consideren comportamientos predecibles a futuro entre las partes para no permitir renegociaciones contractuales en los años siguientes a su suscripción.

Los contratos en general gozan de estructuras comunes, al menos aquellos elaborados por PROINVERSIÓN en donde se observa casi siempre las siguientes cláusulas: objetivo, plazos, régimen de bienes, inversiones por etapa, ejecución de obras, inversión referencial, conservación y explotación, alcances de servicios y tarifas, niveles de servicio, retribución, equilibrio económico financiera, garantías, régimen de seguros, consideraciones ambientales, socio

³⁸ El 31 de mayo de 2018, se adjudicó la Buena Pro del proyecto.

estratégico, relaciones con el personal, caducidad, suspensión de obligaciones, penalidades, resolución de conflictos, entre otros.

Como se señaló en los contratos en general se regulan los derechos y obligaciones para las partes, en el caso portuario un aspecto sustancial a regular son las condiciones del servicio denominados niveles de servicio, estos permiten establecer un equilibrio entre la inversión y el desempeño de la concesión buscando proporcionar una medida de la calidad percibida por usuarios y facilitar así la incorporación de escenarios de condiciones límites para el cálculo de la capacidad portuaria en el terminal.

Los usuarios deben percibir la calidad del servicio desde dos dimensiones, expresables en medios económicos, tarifas y tiempo de espera, mientras más alto le exiges al monopolista (concesionario) mayor la probabilidad de trasladar los costos al usuario, en lugar de destinarlo al desarrollo de tecnología por ejemplo como un sistema de citas.

El esquema de concesión se ha utilizado para los terminales portuarios de uso público desde el TP Matarani hasta el TP Salaverry, incorporándose dentro de los mismos diversos aspectos económicos, financieros y legales evaluados y regulados por las entidades estatales involucradas. Conforme señalamos en párrafos anteriores, los CC establecen los niveles de servicios que el privado deberá cumplir durante todo el tiempo de operación de un terminal, así como otros aspectos relacionados a los gatillos de demanda para la inversión en obras, niveles de productividad, capacidad portuaria y tarifas.

Finalmente, las concesiones portuarias responden a una planificación sectorial que incluye la evaluación de distintos factores económicos y financieros que en general están relacionados a aspectos sustanciales como el tipo de terminal (multipropósito o especializada), nivel de inversión, fases de inversión, tarifas, demanda, etc. Estos elementos en su conjunto permitirán a la parte estatal conocer realmente la importancia de impulsar o no dichos proyecto, por lo que, en la medida que el proyecto sea viable, rentable, y beneficioso para la sociedad el estado estará en la capacidad de impulsarlo.

1.2. LOS PUERTOS PRIVADOS Y SU MARCO NORMATIVO

En el numeral 2 del Capítulo 1 del presente documento se señaló que por iniciativa propia los privados puedan desarrollar terminales portuarios, conforme lo permite la LSPN. El proceso para desarrollar y operar una infraestructura portuaria privada se realiza a través de un trámite administrativo ante la APN para obtener una autorización de uso de área acuática y franja ribereña, de acuerdo con lo regulado en el art. 8 de la LSPN. La citada norma expresa que las referidas terminales pueden ser destinadas para el uso público o uso privado, en ambos casos el trámite es el mismo.

A modo informativo, señalamos que el numeral 8.1 del art. 8 de la LSPN dispone que un privado pueda solicitar ante la APN una autorización temporal para realizar los estudios correspondientes para el proyecto y evaluar la conveniencia de este en términos técnicos y económicos. Asimismo, el inc. a) del art. 30 del Reglamento de la LSPN señala que esta autorización no solo otorga al privado el derecho para elaborar estudios sino también la posibilidad de realizar obras de carácter transitorio, permitiendo además el uso de las aguas, franjas ribereñas, así como la obtención de servidumbres, todas ellas de modo temporal por un plazo máximo de dos años, renovables hasta por un año adicional. El procedimiento formal para seguir para esta autorización se encuentra regulado en el art. 31 del Reglamento del LSPN.

Asimismo, el citado numeral dispone que una vez desarrollados los estudios se solicitará una segunda autorización denominada definitiva de uso, previa acreditación de la posesión de las áreas que se encuentran colindantes a la franja ribereña donde se tiene previsto ejecutar las obras de infraestructura.

Por su parte, el inc. b) del art. 30 del Reglamento de la LSPN señala que esta autorización otorga al privado, hasta por un periodo de treinta años, el aprovechamiento económico de los bienes de forma exclusiva y con la obligación de conservarlos, derecho de uso y goce de la franja ribereña, áreas acuática y terrestre, y la obligación del pago de vigencia anual por el uso, esta última a partir del presente año será cobrada por DICAPI de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1

de la Resolución N° 321-2018-PCM. El procedimiento formal se encuentra establecido en el art.32 del Reglamento del LSPN.

Para concluir, el procedimiento para la tramitación de la autorización temporal y la definitiva se realiza ante la APN, sin embargo, la LSPN dispone que la entidad que emita cualquiera de las referidas autorizaciones sea el MTC a través de una resolución suprema. Las autorizaciones mencionadas pueden ser susceptibles de cesión, transferencias o gravamen, previa autorización del MTC, conforme lo regula el art. 33, 34 y 35 del Reglamento de la LSPN.

Sin embargo, mediante Decreto Supremo N° 015-2014-DE que aprobó el Reglamento del DL 1147, en su artículo 682 dispone que la tramitación del uso de área acuática se realiza ante la DICAPI, quién finalmente expide la Resolución Directoral resolviendo la solicitud, previa declaratoria de viabilidad técnica temporal emitida por la APN, con el respectivo plazo del derecho de uso solicitado. Es necesario resaltar que la citada norma ha afectado parcialmente los artículos de la LSPN y su Reglamento, así como su TUPA en lo referidos a las autorizaciones de uso, salvo en la evaluación técnica que realiza la APN sobre las mismas.

Luego de estas autorizaciones, el privado deberá solicitar la habilitación portuaria que autoriza al privado el inicio de las obras para la construcción, ampliación o modificación de la Infra. prevista en el área terrestre y acuática, según lo establecido en el art. 9 de la LSPN. Para tales efectos, el art. 35 y 36 del Reglamento de la LSPN establece los requisitos que el privado deberá adjuntar en la antedicha solicitud y, a diferencia de las autorizaciones portuarias, el art. 37 del referido reglamento dispone que se emita a través de Resolución de Acuerdo de Directorio de la APN, que son publicados en el Diarios Oficial el peruano.

Por su parte, el art. 38 del Reglamento de la LSPN dispone que la habilitación otorga al privado lo siguiente: a) la titularidad y uso del terminal, b) actividad esencial a desarrollarse, c) área total del proyecto, d) autorización portuaria con cronograma para inicio de obras, y e) otros. Hay que mencionar, además que el art. 40 del mismo Reglamento señala que la autorización portuaria para el inicio de obras tiene un plazo de dos años, prorrogable hasta dos años adicionales, para empezar con la construcción.

Según la definición establecida en la LSPN la habitación portuaria es *aquel acto administrativo por el cual la APN afecta a un conjunto de espacios terrestres, área acuática, franjas y terrenos ribereños e infraestructura portuaria, para el desarrollo de actividades y prestación de servicios portuarios*³⁹.

Ahora veamos, cuando las obras están finalizadas se deberá solicitar a la APN la inspección de las infraestructuras construidas, las cuales serán verificadas conforme a lo que fuese autorizado en la habilitación portuaria, según las disposiciones establecidas en los numerales 41.1 y 41.2 del art. 41 del Reglamento. La APN podrá hacer observaciones a las obras realizadas y la absolución de estas deberán contener la sustentación correspondiente.

Finalmente, en caso no existan observaciones o hayan sido debidamente subsanadas, la APN aprobará las obras y otorgará la licencia portuaria hasta por el mismo periodo de vigencia de la autorización definitiva de uso, conforme lo establece 41.3 y 41.4 del art. 41 del Reglamento de la LSPN. Cabe indicar que, según la definición señalada en la LSPN la licencia portuaria constituye aquel *“acto administrativo por el cual la APN autoriza al privado de un puerto o terminal portuario para prestar servicio portuario, cualquiera que sea su denominación, en la forma y condiciones”*⁴⁰ prevista por la Ley de Puertos.

Antes de continuar precisamos que en los párrafos anteriores hemos hecho referencia a los distintos tipos de documentos: autorización, habilitación y licencia portuaria que un privado debe solicitar para evaluar, ejecutar y operar una terminal portuaria privada de uso público o privado, respectivamente; sin embargo, durante los párrafos restantes se hará referencia solamente a la licencia portuaria, que otorga la posibilidad de operar un terminal.

1.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA LICENCIA PORTUARIA

Las licencias portuarias surgen como respuesta a la demanda no satisfecha de los usuarios por la escasa infraestructura portuaria y la poca oferta en servicios portuarios, por lo que, al emitirse la

³⁹ Numeral 10 de la Vigésimo sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN.

⁴⁰ Numeral 13 de la Vigésimo sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN.

LSPN se consideró la posibilidad que los propios privados puedan desarrollar terminales portuarios privados adaptados para movilizar su propia carga y a su cuenta y riesgo.

Según el registro de autorizaciones que se publica cada año en la página oficial de la APN, las licencias portuarias han ido en aumento y han sido una muy buena opción para privados con carga especializada como por ejemplo las empresas especializadas en minería, gas, petróleo, aceros, químicos, entre otros. Para el año 2017 se cuenta con cuarenta empresas privadas, algunas de ellas con autorizaciones por uso temporal o definitiva, habilitación, licencia portuaria, y otras que aún se encuentran en procesos de obtención de estas.

Este tipo de licencias permiten operar terminales privados que, por definición legal, están destinados solamente a la movilización de su propia carga y la de sus empresas vinculadas⁴¹, sin embargo, la misma Ley de Puertos dispone que las terminales privadas pueden tener dos tipos de clasificaciones de uso: privado o público. Respecto al primer uso, la citada norma permite que en dichos terminales se movilice carga propia y carga de terceros (otros usuarios) sin que esto implique una modificación a su clasificación, siempre que, en el último caso, no se supere el 75% del volumen de carga movilizada anual de sus instalaciones⁴²; en el caso del segundo uso, los terminales están autorizados para brindar servicios a terceros en todo momento y sin limitación en volumen de carga.

Los terminales privados (sean de uso privado o público) no se encuentran sujetos a regímenes de inversiones obligatorias, tarifarios, accesos, entre otros, como si se exigen en los CC de los terminales de uso público. Ello radica en el hecho que el privado es quién ostenta la posesión del área terrestre donde se desarrollará el proyecto (derecho de superficie o usufructo), y se hace cargo a su cuenta y riesgo de toda la tramitación de la licencia portuarias, así como de la ejecución y operación del proyecto. Recordemos que el privado, de acuerdo con la norma legal, deberá desarrollar informes de ingeniería de sus obras en áreas acuáticas y de tierras, estudios técnicos distintos (hidrología, geología, hidro-oceanográfico, maniobras, vientos, etc.), estudio de

⁴¹ Art. 19° del Reglamento del LSPN.

⁴² Art. 20 del Reglamento de la LSPN.

impacto ambiental, entre otras exigencias que deben cumplir con las normas técnicas expedidas por las entidades públicas competentes.

Es preciso señalar que el privado que esté dispuesto a desarrollar este tipo de proyectos debe contar con capacidad financiera y técnica para asumir costos de inversión y operación, y riesgos del proyecto durante el plazo permitido por la APN, debido a ello, consideramos que la participación del Estado en este tipo de proyectos se limita a una actuación de supervisión y verificación *ex ante* por parte de la APN.

1.2.1.1. EJEMPLOS DE PUERTOS PRIVADOS CON LICENCIA PORTUARIA

A la fecha existen diez terminales privados que cuentan con licencia portuaria y en operación, uno de ellos es el Terminal Portuario de Pucallpa (en adelante, TP Pucallpa) ubicado en la Provincia de Coronel Portillo, Departamento de Ucayali operado por la empresa privada Logística Peruana del Oriente S.A. (en adelante, LPO). Este es un terminal multipropósito destinado para el movimiento de carga fraccionada, contenedorizada, granel y general que inició operación en el año 2016, generando un movimiento de carga en dicho año de 156,212 TM y en el 2017 de 186,577 TM⁴³. Estas cifras son significativas en comparación al TP Yurimaguas – Nueva Reforma que inició operación en el 2016 con un movimiento de carga de 106 TM y en el 2017 de 16,779 TM.

Si bien LPO gestionó su habilitación portuaria bajo la clasificación de uso privado en el 2015 (antes de iniciar operación) solicitó ante la APN la regulación de su habilitación con el propósito de modificarla a uso público. El art. 9 de la LSPN dispone que el cambio de uso debe seguir el mismo procedimiento de la habilitación portuaria por constituir una modificación sobre la misma; es así como, la APN a través la Resolución de Acuerdo de Directorio N° 57-2015-APN/DIR del 12 de noviembre de 2015 aprobó la referida solicitud de modificación de clasificación de uso, siendo así el primer terminal formal en la zona geográfica.

⁴³ Excel de movimiento de carga (TM) a nivel nacional año 2010-2017, publicado en la página web de la APN.

Cabe reiterar que esta terminal nació bajo la idea de uso privado, situación que fue modificada a uso público a pedido del titular del proyecto, debido a que el procedimiento regulado en la LSPN para obtener tanto la autorización, habilitación y licencia portuaria para uso privado o público es indistinto. Por lo tanto, teniendo en cuenta que LPO está conformado por un operador logístico integral y un operador en servicios portuarios⁴⁴ resulta positivo que la infraestructura que desarrolle, así como los servicios portuarios que brindan sean dirigidos a cualquier usuario y no solo para la movilización de su propia carga o de sus empresas vinculadas.

Otro ejemplo, es el Terminal Portuario de Chancay (en adelante, TP Chancay) que, a la fecha, cuenta autorización temporal otorgada a la empresa Terminales Portuarios Chancay S.A., este caso es particular debido a que a través de Resolución de Acuerdo de Directorio N° 046-2011-APN/DIR publicado el 08 de octubre de 2016, la APN otorga la habilitación portuaria al proyecto “Terminal de Graneles Sólidos, Líquidos, y Carga Rodante del Terminal Portuaria de Chancay” que faculta el inicio de ejecución de obras dentro del área autorizada.

No obstante, la empresa Terminal Portuarios Chancay S.A. desarrolló un expediente técnico que modificaba parte del componente técnico aprobado por la habilitación antes señalada, por lo cual, dicha empresa solicitó ante la APN la autorización temporal para las siguientes etapas de su proyecto justificando que fueron modificadas para optimizar costos en su desarrollo. Dicha solicitud fue aprobada por la APN a través de Resolución de Acuerdo de Directorio N° 057-2017-APN/DIR del 01 de septiembre de 2017. Este terminal aún no se encuentra en operación, pero tiene previsto desarrollar un terminal multipropósito ubicado a 80 km al norte de la ciudad de Lima con una inversión referencial ascendente a US\$ 372 millones, lo resaltante en este proyecto es la cercanía al Puerto del Callao.

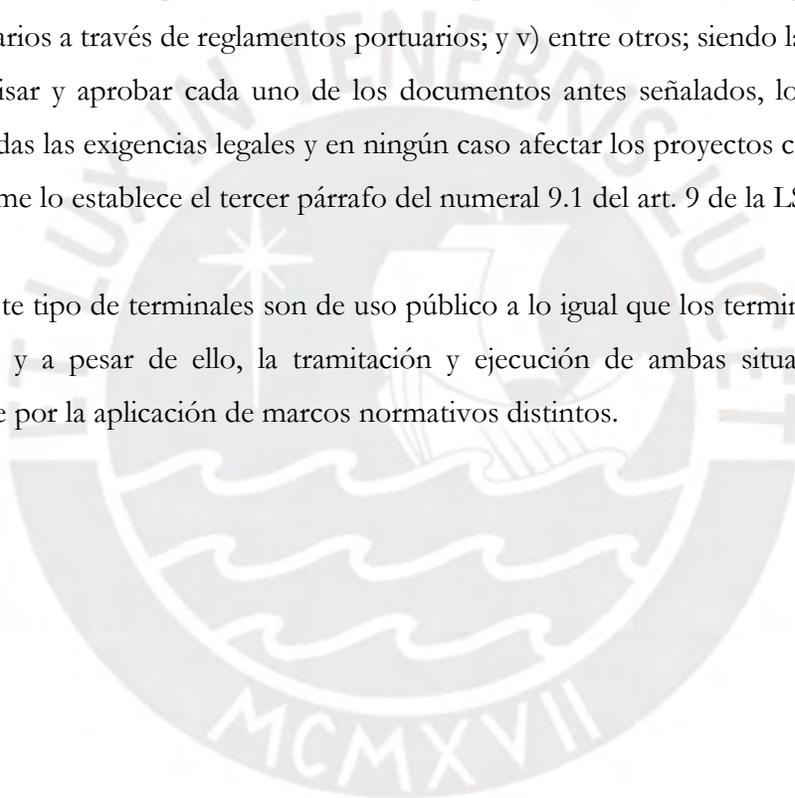
A diferencia del TP Pucallpa, esta terminal nació bajo la clasificación de uso público, previendo desarrollar una infraestructura portuaria con una alta inversión divididas en etapas con gatillos de demanda, como usualmente se estructuran las concesiones portuarias. Además, hace unos

⁴⁴ Ambas empresas pertenecen a un grupo económico muy importante en el Perú.

meses se confirmó que el titular de la habilitación portuaria suscribió un acuerdo de sociedades con Cosco Shipping Ports Limited (CSPL), una de las mayores compañías navieras del mundo, para el diseño, construcción y operación del terminal, con lo cual advertimos que podría ser un gran competidor con el puerto del Callao y el TP Salaverry por su cercanía en distancia y la movilización de distintos tipos de carga.

Los titulares de estos terminales privados son los encargados de definir: i) el diseño y ejecución del proyecto, ii) el expediente técnicos en donde se establecerá las fases y montos de inversión; iii) la tarifa de los servicios portuarios a través de reglamento interno; iv) la operación de los servicios portuarios a través de reglamentos portuarios; y v) entre otros; siendo la APN quién se encarga de revisar y aprobar cada uno de los documentos antes señalados, los cuales deben cumplir con todas las exigencias legales y en ningún caso afectar los proyectos contenidos en el PNDP, conforme lo establece el tercer párrafo del numeral 9.1 del art. 9 de la LSPN.

Por lo tanto, este tipo de terminales son de uso público a lo igual que los terminales portuarios concesionados, y a pesar de ello, la tramitación y ejecución de ambas situaciones difieren sustancialmente por la aplicación de marcos normativos distintos.



CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN PARA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA DE USO PÚBLICO

Durante la presente investigación se ha hecho mención del desarrollo de las infraestructuras portuarias en nuestro país, explicando que las terminales de titularidad y de uso público han sido realizadas bajo la modalidad de concesión y, en el caso, de las terminales privadas de uso público o privado han sido a través de la licencia portuaria. Ambas modalidades permiten la ejecución de proyectos portuarios, pero difieren tanto en aspectos legales como en otras condiciones de mercado que llevan a la parte privada a tomar la decisión de desarrollo de un proyecto portuario bajo una única modalidad y si bien comparte un propósito similar en la tramitación implican una gran diferencia en costos, procedimientos, riesgos y otros aspectos.

Los terminales portuarios de titularidad y uso público que en su mayoría han sido marítimas, salvo el TP Yurimaguas que constituye un terminal fluvial, y ejecutados a través de APP bajo el tipo contractual de concesión. Conforme se indicó los proyectos portuarios bajo APP se originan por IE e IP, en el primer caso, es el MTC y la APN quienes se encargan de impulsar el proyecto y desarrollar los estudios técnicos referenciales para luego encargar a PROINVERSIÓN el desarrollo de la licitación del proyecto; en cambio, en las IP el titular del proyecto es el privado y es este mismo quién presenta la iniciativa privada ante la APN (OPIP) para la tramitación y evaluación correspondiente.

El procedimiento para la ejecución de proyectos portuarios bajo la modalidad de concesión se regula por la Ley de APP y su Reglamento (en adelante, se utilizará de manera indistinta el termino de APP o concesión).

En contraste con las licencias portuarias, el privado es el único titular del proyecto y es quién inicia el procedimiento a través de la solicitud de la autorización temporal para realizar los estudios preliminares para luego solicitar la autorización definitiva que permite ejecutar obras y finalmente solicitar la licencia portuaria que lo facultará a operar el terminal portuario. El

procedimiento para la ejecución de este tipo de terminales privados se regula por la LSPN y su Reglamento, tal como se explicó en el capítulo anterior.

La opción de adoptar una modalidad frente a la otra dependerá exclusivamente de los objetivos y planificación comercial que posea la empresa privada; debido a las diferencias sustanciales que surgen entre ambas que a continuación procederemos a explicar.

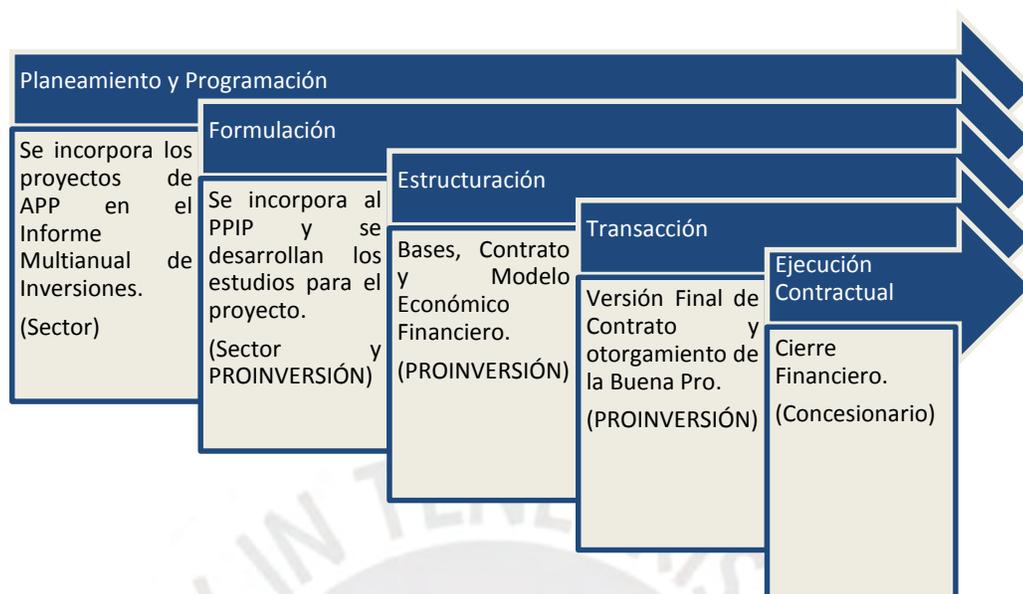
1. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN EN LOS TERMINALES PORTUARIOS PARA USO PÚBLICO

La Ley de APP y su Reglamento disponen que los proyectos que se desarrollen por APP, independientemente de su origen y clasificación se ejecutan a través de las siguientes cinco fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual⁴⁵, no obstante, la tramitación para IE o IP siguen cursos distintos en términos de exigencias, procedimientos y plazos.

Los PPIP de las IE e IP son largos debido a las distintas actuaciones por parte de las diferentes entidades involucradas hasta lograr la adjudicación del proyecto, a modo ilustrativo exponemos las acciones más importantes que se desarrollan en cada una de las etapas de las APP:

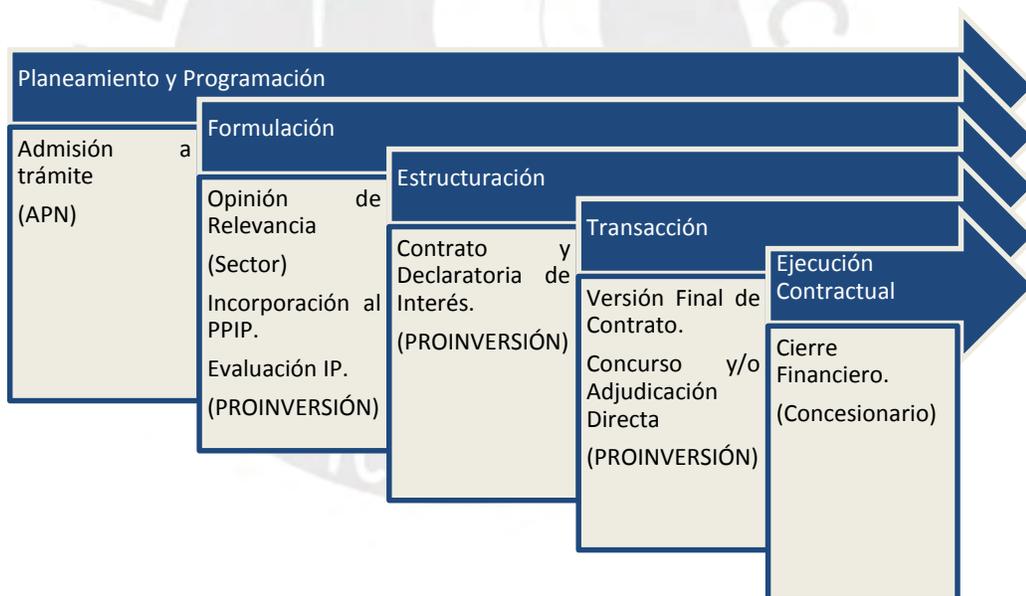
⁴⁵ Numeral 30.1 del art. 30 del DL 1362.

Gráficos 1. Fases de Iniciativa Estatal



Fuente: Elaboración propia.

Gráficos 2. Fases de Iniciativa Privada



Fuente: Elaboración propia.

Dichos gráficos exponen las acciones más importantes que se deben desarrollar en cada una de las fases de un proyecto bajo APP, además remarcamos que, en su mayoría, las acciones a ejecutarse corresponden a la parte estatal, con lo cual los plazos estimados para un proyecto dependerán de los cronogramas y plazos legales asignados a cada de las entidades involucrada.

Esta situación se aplica tanto para los proyectos por IE e IP (a pesar de que éstas últimas son presentadas por la parte privada pero su evaluación y tramitación están directamente vinculadas a la decisión estatal).

Por lo tanto, un proyecto por concesión al tener fases establecidas y formalidades que seguir en donde participan distintas entidades públicas tiene un plazo de maduración mayor al que podría producirse con un proyecto bajo licencia portuaria. Por su parte, los proyectos portuarios tramitados por licencia portuaria no dependen directamente de la parte estatal pues en todo momento el responsable de la tramitación de la licencia portuaria y ejecución del proyecto dependerá de la decisión de la parte privada y el cumplimiento de los requisitos legales para la aprobación de la licencia por parte de la APN, salvo los plazos formales asignados a las entidades involucradas establecidas en el TUPA de la APN y DICAPI. Como ya se explicó existe un único procedimiento en la LSPN y su Reglamento para la obtención de la licencia portuaria.

Por otro lado, el nivel de gasto de una modalidad en comparación a otra es una diferencia, decimos gastos porque aún en esta etapa no hay inversión (entendida aquella destinada íntimamente a las obras) pues la inversión propiamente dicha se establece a partir del expediente técnico. En el caso de las APP (proceso de concesión), los gastos preliminares en los proyectos tanto de IE e IP son considerables debido al tiempo excesivo en la gesta del proceso del proyecto desde la convocatoria hasta la suscripción de contrato.

En ese orden de ideas, la licencia en términos generales conlleva a un gasto menor que el marco de APP, básicamente por los recursos invertidos hasta la adjudicación del proyecto, tanto por el riesgo en la demora por parte de las entidades públicas, así como de las decisiones políticas llevadas a cabo el proyecto. El gasto es mayor en el marco APP por los mayores plazos en la tramitación inicial del proyecto, por lo cual debemos considerar un valor del tiempo, como un costo de oportunidad.

Entre otros factores para la determinación de una modalidad respecto a la otra responde a la especialización de los privados, en el caso de optar por un proyecto por APP respondería a miras

de un mercado grande, variado, mundial o de consumo interno a largo plazo; a diferencia de los que cuentan con licencia portuaria que, responde a la necesidad de movilizar su propia carga.

Asimismo, la opción de desarrollar terminales privados manifestaría que el negocio del privado ya está consolidado siendo la licencia una herramienta para continuarlo o mejorarlo (al menos teóricamente), mientras que en la APP el privado inicia y culmina un negocio con el contrato de concesión. Por ejemplo, una empresa privada que importa combustible optará por una licencia portuaria y no por una concesión.

Otra diferencia importante es que la tramitación de una APP culmina en un contrato de concesión en donde se establecen las disposiciones de cumplimiento obligatorio, a diferencia de la licencia portuaria que culmina con el acto administrativo de la APN declarando el otorgamiento de esta. En el segundo capítulo indicamos que los CC son licencias de explotación que guían la ejecución del proyecto, otorgan seguridad jurídica para la parte privada y mitigan las conductas oportunistas generando con ello una regulación por contrato; en contraste con la licencia en donde la regulación proviene de la norma legal, dejando la gestión de los términos de la operación a otros instrumentos, como procedimientos administrativos o legislación específica como la LSPN en determinados aspectos.

En relación a las APP debemos señalar que las mismas se rigen por las obligaciones y derechos establecidos en el respectivo CC que deberá ser respetado por las partes firmantes, en donde el concesionario se obliga, por ejemplo, a conservar los niveles de servicio exigidos de cara a proteger a los usuarios, realizar inversiones en plazos determinados o de acuerdo a gatillos de demanda (demanda futura) que serán recuperada a través de los ingresos de la Concesión, cobro de tarifas establecidas; en cambio, en las licencias que no se cuentan con obligaciones de fiel cumplimiento que permitan asegurar niveles de servicios, inversiones obligatorias o el cobro de tarifas justas.

Asimismo, otra diferencia deviene en el hecho que durante un proceso de concesión se evalúa la capacidad técnica, financiera y económica del interesado en el proyecto, y una vez calificado la variación de algunos de los integrantes de su consorcio debe ser debidamente aceptado por el

Estado, en el caso de la licencia es evidente que el titular debe contar con la suficiente capacidad técnica y financiera para poder afrontar el proyecto pero nada le impide que el mismo varíe su composición del consorcio, como el caso del TP Chancay donde el 60% de las acciones fueron vendidas a CSPL.

Respecto a la determinación de tarifas, para las licencias portuarias no existe una regulación específica solo se determina a través de un reglamento interno⁴⁶ aprobado por la APN; por el contrario, las tarifas de las APP son propuestas de PROINVERSIÓN como consecuencia de la evaluación correspondiente por parte del Asesor Especializado, siendo posteriormente aprobadas por el OSITRAN y el MTC. Estas últimas tarifas son máximas, de aplicación inmediata (conforme a la fecha que establezca el contrato) y se encuentra sujetas a revisión tarifarias en aplicación de las disposiciones establecidas en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

Por lo expuesto, es evidente que existen diferencias significativas para la ejecución de un proyecto portuario bajo la modalidad de APP o licencia portuaria, debido a aplicación de marcos normativos distintos para cada una de ellas. No obstante, desde nuestro punto de vista la ejecución y operación de un terminal portuario de uso público, ya sea de titularidad pública o privada, debe regirse por un único marco legal porque el propósito es brindar servicios al público en general.

2. ANALISIS DE LOS TERMINALES PORTUARIOS POR CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LICENCIA PORTUARIA

Las concesiones portuarias responden a una titularidad y uso público y las licencias una titularidad privada de uso privado o público. El registro de instalaciones portuaria a nivel nacional publicado por la APN señala que el SPN cuenta con 85 instalaciones portuarias, de las cuales 28 son de uso público y 57 de uso privado.

⁴⁶ Numeral 10 del TUPA de la APN.

Respecto a las 57 terminales de uso privado debemos indicar que las mismas responden, en su mayoría, a una actividad especializada siendo las restantes clasificadas como multipropósito, como se indicó este tipo de terminales responden a un interés netamente privado para autosatisfacer su tráfico de demanda.

En cambio, las 28 terminales de uso público están divididas en 8 TP concesionados, 17 TP Administración Pública y 3 TP Administración Privadas. Las primeras tienen una titularidad y uso público y están distribuidas en el Callao (3), Salaverry (1), La Libertad (1), Paita (1) y Piura (1), y son operadas por el privado; en el segundo caso, son operados y administrados por entidades estatales, a continuación, mostramos la lista de este tipo de terminales a nivel nacional:

Tabla 9. Lista de Terminales Portuarios de administración y uso público

TERMINALES PORTUARIOS DE ADMINISTRACIÓN Y USO PÚBLICO A NIVEL NACIONAL										
NOMBRE O DENOMINACIÓN	CLASIFICACIÓN POR ACTIVIDAD	UBICACIÓN GEOGRÁFICA		ÁMBITO ACUÁTICO	EMPRESA	TRÁFICO	USO	TITULARIDAD 1/	CONDICIÓN	
		REGIÓN	LOCALIDAD							
1 TP Chicama (Malabrigo)	Multipropósito	La Libertad	Andrés Rázuri	Marítimo	GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD	General	Público	Pública	Inoperativo	
2 TP Chimbote	Multipropósito	Ancash	Chimbote	Marítimo	GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH	General	Público	Pública (Cesionado)	Operativo	
3 TP Supe	Multipropósito	Lima	Supe	Marítimo	ENAPU S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
4 TP Huacho	Multipropósito	Lima	Huacho	Marítimo	ENAPU S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
5 TP Ilo	Multipropósito	Moquegua	Ilo	Marítimo	ENAPU S.A.	Multipropósito	Público	Pública	Operativo	
6 TP Cabo Pantoja	Multipropósito	Loreto	Cabo Pantoja	Fluvial	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	General	Público	Pública	Operativo	
7 TP Mazán	Multipropósito	Loreto	Mazán	Fluvial	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	General	Público	Pública	Operativo	
8 TP Silfo Alván del Castillo (Ex Masusa)	Multipropósito	Loreto	Punchana	Fluvial	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PUNCHANA	General	Público	Pública	Operativo	
9 TP Iquitos	Multipropósito	Loreto	Iquitos	Fluvial	ENAPU S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
10 TP Requena	Multipropósito	Loreto	Requena	Fluvial	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	General	Público	Pública	Operativo	
11 TP Yurimaguas (ENAPU)	Multipropósito	Loreto	Yurimaguas	Fluvial	ENAPU S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
12 TP Contamana	Multipropósito	Loreto	Contamana	Fluvial	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	General	Público	Pública	Operativo	
13 TP San Pablo	Multipropósito	Loreto	San Pablo de Loreto	Fluvial	GOBIERNO REGIONAL DE LORETO	General	Público	Pública	Operativo	
14 TP Puerto Maldonado	Multipropósito	Madre de Dios	Puerto Maldonado	Fluvial	ENAPU S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
15 TP Puno	Multipropósito	Puno	Puno	Lacustre	GOBIERNO REGIONAL DE PUNO	General	Público	Pública	Operativo	
16 TP Ferrovías - Puno	Multipropósito	Puno	Puno	Lacustre	FERROVIAS S.A.	General	Público	Pública	Operativo	
17 TP Juli	Multipropósito	Puno	Juli	Lacustre	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE JULI	General	Público	Pública	Operativo	

Fuente: Elaboración propia - Registro de terminales portuarios a nivel nacional APN.

En el tercer caso, a diferencia de la concesión y administración pública, la titularidad del terminal lo ejerce el privado y el uso será público, es importante remarcar que, recientemente se han desarrollado este tipo de terminales, hasta la fecha solo existen tres terminales bajo esta modalidad, tal como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 10. Lista de Terminales Portuarios privados y de uso público

TERMINALES PORTUARIOS DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA Y USO PÚBLICO A NIVEL NACIONAL									
NOMBRE O DENOMINACIÓN	CLASIFICACIÓN POR ACTIVIDAD	UBICACIÓN GEOGRÁFICA		ÁMBITO ACUÁTICO	EMPRESA	TRÁFICO	USO	TITULARIDAD 1/	CONDICIÓN
		REGIÓN	LOCALIDAD						
1 TP Henry - Iquitos	Multipropósito	Loreto	Punchana	Fluvial	FLOR DE MARIA FLORES DE COLOME	General	Público	Privada	Operativo
2 TP Henry (Pucallpa)	Multipropósito	Ucayali	Pucallpa	Fluvial	FLOR DE MARIA FLORES DE COLOME	General	Público	Privada	Operativo
3 TP Pucallpa	Multipropósito	Ucayali	Pucallpa	Fluvial	LOGÍSTICA PERUANA DEL ORIENTE S.A.	General	Público	Privada	Operativo

Fuente: Registro de terminales portuarios a nivel nacional APN.

Previamente, hemos mencionado al TP Pucallpa como ejemplo de terminal portuario de uso público, pero en condiciones similares tenemos a otros dos terminales que se encuentran operando en la selva peruana conforme se ha mostrado en la tabla. Además, tenemos en proceso de construcción el TP Chancay, debido a que hasta la fecha solo cuenta con habilitación portuaria no se ha incorporado en la lista, sin embargo, por sus características nos servirá como caso de estudios para la presente investigación.

Ahora bien, las APP son contratos de largo plazo que no prevén ni controlan las diversas situaciones y contextos que impacten en el desarrollo de un proyecto, de acuerdo con lo señalado en el capítulo anterior los CC son contratos incompletos, mitigan conductas oportunistas (estatales o privadas) y distribuyen los riesgos entre las partes. Las características contractuales de este tipo de proyectos se asocian a la rigidez que representa una relación contractual con el concedente, a diferencia de las licencias que tendrán que cumplir con las exigencias legales para su desarrollo y ejecución.

Asimismo, los CC ofrecen garantías a la parte privada, no permitiendo que sea modificado unilateralmente por el estado, en uso de su *ius imperium*, actúa como una garantía de estabilidad e intangibilidad jurídica limitando o restringiendo el poder del estado por modificaciones en la legislación aplicable, dotándole al privado principios de certeza, confianza y legalidad en la actuación estatal; la razón principal es el interés público que reviste este tipo de contratos.

Este interés está fundamentado en el hecho que el Estado tiene que utilizar distintos medios para alcanzar el objetivo propuesto de mejorar y/o construir las obras de infraestructura

portuaria para permitir el intercambio de mercancías e interconectar las zonas del área de influencia de la terminal, aumentando así la competitividad del país. De este modo, tanto la concesión como la licencia portuaria son medios para lograr el referido objetivo.

Una de ellas es el financiamiento, las APP por su naturaleza necesitan de créditos para su ejecución siendo necesarios que los contratos contengan estructuras de financiación adecuadas, ya que estos son principal activo para el privado. A través de determinadas cláusulas CC, se otorga seguridades para que la parte privada se financie como es el régimen de recuperación de ingresos, titularidad de los activos del proyecto, pago por terminación anticipada del contrato, equilibrio económico financiero y entre otros que permitan que los contratos sean financiados, distribuyendo el riesgo de financiación entre el estado y privado. En el caso de la licencia portuaria al no contar con CC el riesgo de financiación se traslada completamente a la parte privada.

Asimismo, podemos inferir que las APP serían menos atractivas para agentes con alta aversión al riesgo, por lo que optarían por la licencia portuaria, la cual representa un menor nivel de regulación y menores costos por la parte privada. Por ejemplo, LPO es un consorcio de empresas con negocios consolidados y su nivel de especialización en prestación de servicios portuarios genera un clima adecuado para el desarrollo de un terminal de titularidad y uso privado, conforme lo estipuló en su solicitud inicial, no obstante, realizó una nueva solicitando la modificación del cambio de uso privado a público. Cabe indicar que, LPO también pudo haber presentado un proyecto portuario por IP bajo la modalidad de APP, sin embargo, la parte privada tiene la decisión de elegir una modalidad frente a otra, situación que desvirtúa claramente la Ley de APP.

Quizás la respuesta está ligada al hecho que la obtención de la licencia portuaria estará en función a la aceptación formal de la APN del proyecto presentado por el parte privado, situación que se diferencia con las IP en donde existe una participación de la parte estatal en la evaluación técnica, legal y financiera del proyecto. Asimismo, las IP son susceptibles de ser modificadas debido al interés público que reviste su uso público.

Por ejemplo, el TP de Salaverry se originó a través de IP con el propósito de desarrollar infraestructura portuaria especializada en el tráfico de minerales, sin embargo, durante la evaluación al proyecto se advirtió que dicho terminal podía atender otros tipos de carga. Es así como la APN y el MTC solicitaron al proponente de la IP reformular el proyecto bajo un esquema de terminal multipropósito, la cual finalmente fue concesionada.

La otra IP bajo concesión es el TP de Minerales del Callao, este se originó por los intereses de las empresas privadas (empresas mineras) que integraban su consorcio para operar su propio terminal en el puerto del Callao y considerando que los predios en dichos puertos están reservados para actividades portuarios se optó por el modelo de APP. Recordemos que, en las concesiones las áreas acuáticas y terrestres están reservadas para el uso público portuario.

Otro punto por considerar es que la regulación de los servicios portuarios es distinta en la APP y licencia portuaria. En la primera se establecen cláusulas de explotación de la concesión en donde se regula los alcances de los servicios (nave, carga y pasajeros) de cumplimiento obligatorio a todo usuario que lo solicite. En el segundo caso los servicios a la nave y carga están regulados su reglamento interno de operaciones.

Por lo antes expuesto, podemos indicar que la licencia portuaria permite a los operadores establecer sus propias reglas de juego para brindar un servicio que reviste de interés público - terminales privados de uso público- compitiendo en condiciones similares a las APP que contienen un procedimiento y regulación diferente. Si bien las condiciones mismas del mercado delimitarán si una terminal será público o privado, la legislación deberá contener las reglas de juego en igualdad de condiciones para todos los casos (concesión/licencia portuaria).

Las normas de competencias señalan muchas veces que las condiciones de mercado no garantizan, ni permite la existencia de otros competidores que permitan un cobro adecuado por los servicios y que las mismas se brinden en condiciones de calidad. Ante este tipo de situaciones ingresa el Regulador para disciplinar el comportamiento del operador, más adelante se explicará cómo interviene en este tipo de terminales de uso público. La importancia en desarrollar este tema está fundamentada en la transgresión que genera la licencia portuaria al sistema de APP.

2.1. REGÍMENES IMPORTANTES A CONSIDERAR EN LAS CONCESIONES Y LICENCIAS

Las tarifas es un factor importante en todo terminal portuario y el establecimiento de estas se aplican de manera distinta en una concesión y licencia portuaria. En el caso de los terminales privado (uso público o privado) se otorga cierta discrecionalidad al privado para que a través de un procedimiento regulado en el reglamento interno⁴⁷ establezca las tarifas, previa aprobación de la APN; a diferencia de los contratos de APP en donde se incorporan cláusulas de régimen económico que establecen las tarifas máximas que podrá cobrar el concesionario.

Para el caso de las concesiones se efectúan una estructuración financiera que permite conocer la estructura de capital, conforme a un nivel de apalancamiento permitido por las entidades financieras, así como una evaluación de los ingresos de explotación que coadyuvaran a definir el tarifario referencial y de los supuestos para calcular los ingresos de los servicios tanto estándar como especiales a lo largo del plazo del contrato, así como otros conceptos que permiten el análisis económico – financiero del proyecto.

Dentro de la estructuración del proyecto, que usualmente lo realiza el Asesor Especializado (contratado por PROINVERSIÓN) se determina los riesgos de demanda e ingresos que se asignará a la parte pública o privada, ejecución de inversiones y explotación al concesionario o concedente, de ser el caso. Este tipo de proyectos, nos referimos a la concesión, revisten un interés público, por lo que, el Estado determina las tarifas no solo en base a la proyección de demanda sino en base a un benchmarking de los puertos en la región sudamericana, considerando aquellos de la misma condición (Ej. Especializado o Multipropósito).

En el benchmarking se obtiene tarifas promedio vigentes en el mercado, ello en aras de competir con otros puertos. La estructura tarifaria comprende servicios regulados y aquellos ofrecidos por el operador en libre competencia, estos últimos están dirigidos a incentivar el interés y/o negocio

⁴⁷ Procedimiento de Aplicación de Tarifas. LPO Logistics.

que puede ver en el proyecto la participación privada, debido a que en una APP no solo tiene que observarse los beneficios estatales sino también los de la parte privada. Recordemos que para el Estado es importante desarrollar el proyecto en las mejores condiciones porque es considerado un servicio público; sin embargo, para la parte privada tiene que ser atractivo sino no lo tomarían como negocio importante. Las tarifas tienen como objetivos principales otorgar sostenibilidad al proyecto, y competitividad al comercio exterior.

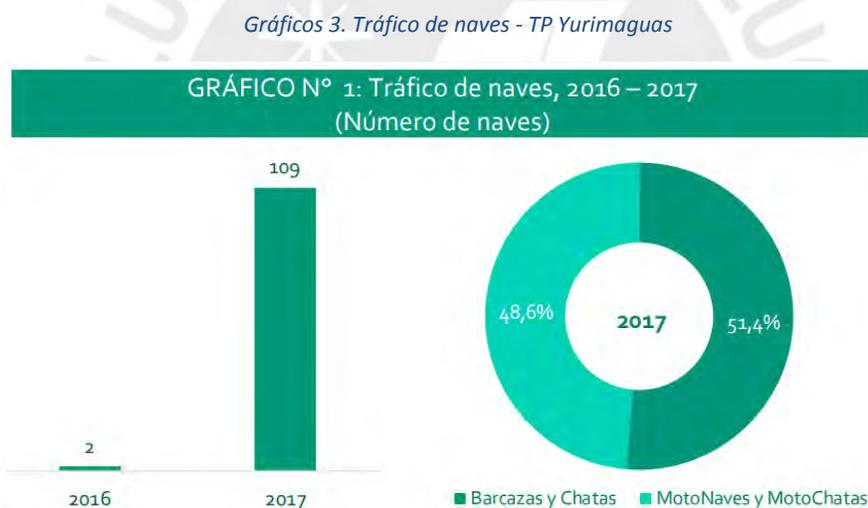
A más altas las tarifas existirá mayor seguridad para la sostenibilidad del proyecto, generando expectativas positivas a los privados (rentabilidad razonable), pero afectaría la competitividad en el comercio exterior, y a los usuarios que quisieran transportar su carga por ese terminal y no con otro que tendrá mayor distancia con mayores costos de transporte terrestre (costos altos de flete). De este modo, y como se señaló las terminales con licencia podrían afectar la competencia por el monto de la tarifa, recordemos que es el mismo privado quién las establece.

A priori podemos señalar que la parte privada establecerá tarifas razonables para ser competitivo en el mercado, siempre que competidores en una corta distancia. Pero en caso no tenga competencia directa podría establecer tarifas altas de cara a una demanda cautiva dentro del área de influencia; o, establecer tarifas muy por debajo del promedio para afectar a sus competidores. Si bien, hoy por hoy no existen terminales (licencias) con tal nivel de inversión que pueda competir directamente con las terminales marítimas, advertimos que puede ser una complicación a futuro como es el caso del TP Chancay por su nivel de inversión y cercanía al Callao.

Pongamos por caso, la situación del TP Yurimaguas – Nueva Reforma, este es un terminal público de uso público concebido para captar una demanda futura como consecuencia de la puesta en marcha del corredor interoceánico del Norte (comercio entre las localidades de la costa norte del país, la ciudad de Iquitos y otras localidades de la selva). Es una APP cofinanciada, ello quiere decir que el Estado comparte con la parte privada el riesgo de demanda, lo cual implica que dicho puerto debe ser atractivo, a fin de que sea beneficioso para la parte privada y pública, toda vez que es el concedente quién paga al concesionario por obra, y O&M.

La estimación de demanda se formuló en base a las movilizaciones de la carga de la terminal portuaria de Yurimaguas y de los embarcaderos informales existentes alrededor del área de influencia del proyecto (La Boca, Abel Guerra, La Ramada, Zamora), los cuales atienden en condiciones completamente inadecuadas. Aunque existía el TP Yurimaguas operado por ENAPU, las malas condiciones de este hacían favorable la construcción de nueva infraestructura en un área con profundidades normales en los periodos de estiaje, así como baja velocidad de las corrientes del río frente al terreno ribereño, permitiendo un sistema de atraque directo.

Si bien se consideró pertinente realizar una inversión en infraestructura por la demanda futura, hoy en día las cifras de este nuevo terminal (TP Yurimaguas - Nueva Reforma) tiene una demanda ínfima en comparación a la estimada en las proyecciones, tal como se muestra en el gráfico de tráfico de naves 2016-2017:



Fuente: COPAM

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del OSITRAN.

Fuente: Informe de desempeño 2017, elaborado por el OSITRAN.

El gráfico nos muestra el escaso tráfico de naves en este terminal durante el año 2016 y 2017. Es imprescindible indicar que el terminal entró en operación recién en diciembre de 2016, mes en el que solo recibió dos embarcaciones, y durante los meses de marzo, abril y mayo de 2017 no se atendió ninguna nave. Ante el escaso tráfico, el Estado en coordinación con el concesionario (hay que recordar que el proyecto es cofinanciado) permitió la atención de embarcaciones al lado

del muelle marginal, en donde no existe infraestructura y que equipara a condiciones similares a la de los terminales informales antes mencionados, esta fue una especie de “periodo de prueba” para la atención de naves sin cobro para incentivar la carga y descarga en dicho terminal, es así que se logró atender un total de 39 embarcaciones.

La compartición de riesgos en este proyecto y al no contar con la suficiente demanda el Concedente y Concesionario trataron de plantear una solución para atraer demanda, a fin de incentivar el tráfico de naves en esta concesión. Sirva de ejemplo esta situación para darnos cuentas que a pesar de que los terminales informales no poseen infraestructura adecuada, ni brindan servicios portuarios de calidad son competidores directos con la concesión del TP Yurimaguas - Nueva Reforma. Si bien este tipo de terminales no es comparable con los marítimos que atienden otro tipo de nave de diseño, podemos advertir que un terminal privado pueda afectar directamente una concesión.

Por su parte, la LSPN dispone que los terminales de uso público, independientemente de su titularidad, cuando no se presten en condiciones de competencia están sujetos a regulación tarifaria por el OSITRAN. El propósito de esta regulación está dirigida a aquellos servicios no prestados en condiciones de competencia y considerando que la tarifa es la contraprestación a un servicio recibido, esta debe estar de manera más próxima al costo económico que significa brindar el servicio en condiciones de calidad y libre competencia. Caso contrario, un usuario puede verse afectado por un cobro excesivo.

Los niveles tarifarios, niveles de servicio, monopolio con baja calidad en sus servicios difícilmente finalmente trae consigo menos beneficios para la sociedad que en la situación sin proyecto. En términos generales, los usuarios demandarán servicios portuarios sobre un conjunto tan amplio como las combinaciones que genera la clasificación de la LSPN. Las decisiones de los usuarios deben efectuarse en condiciones de eficiencia, pudiéndose verse afectados por los riesgos de no realizar una elección óptima; es decir, los niveles de tarifas pueden ser sencillos o complejos en determinados terminales con los cuales pueda acordar un precio en un sentido privado, mientras que en las terminales de uso público cuenta con más información.

2.2. COMPETENCIAS DEL REGULADOR EN LOS TERMINALES PORTUARIOS DE USO PÚBLICO

La regulación en su sentido más amplio se fundamenta en el tipo de economía, en países con políticas liberales tienden a regulaciones más flexibles, mientras que, en países menos liberales cuentan con políticas más restrictivas y de control. El Perú ha mostrado un comportamiento de economía de libre mercado con marcado interés en los PIPP, es de esperar que la regulación en un sentido amplio considere los beneficios económicos producto de la interacción de los agentes en el mercado y sus efectos entendidos como un nivel óptimo de beneficios sociales.

La Ley N° 26697 establece la participación del OSITRAN en infraestructura de uso público, delimitando su competencia a las entidades prestadoras que exploten ese tipo de infraestructura, de este modo, las terminales de uso público (8 TP concesionados y los 3 TP administración privada) serán competencia del regulador. Cabe precisar que las concesiones portuarias gozan de una titularidad y uso público siendo clara la intervención del regulador, a diferencia de los terminales portuarios de titularidad privada de uso público donde la intervención del regulador no es clara, debido a que los operados de dicha infraestructura privada no califican como entidades prestadoras pero su tipo de uso si califica como público.

Al respecto, la Gerencia General del OSITRAN a través del Oficio N° 125-17-GG-OSITRAN se pronuncia sobre la competencia del OSITRAN en los terminales portuarios de titularidad privada y uso público, TP Pucallpa y TP Chancay, a fin de salvaguardar los derechos de los usuarios y hacer cumplir las obligaciones con las que cuentan dichos operadores, enmarcadas en el desarrollo de los servicios de transporte y la supervisión de la explotación de infraestructura.

En tal sentido, y de conformidad al ámbito de aplicación de la Ley de Creación del OSITRAN, establece que esta entidad⁴⁸:

“ejerce sus competencias sobre las entidades prestadores que explotan infraestructura nacional de transporte nacional de transporte de uso público, contando con facultad para actuar dentro de las áreas portuarias destinadas al uso público y que son utilizadas para el desarrollo de la cadena logística, siempre que no sean competencias de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en materia de defensa nacional y orden interno, conforme a sus atribuciones en el marco de sus competencias, salvo alguna disposición que establezca lo contrario”

Por lo tanto, considerando que el TP Pucallpa y TP Chancay califican como infraestructura nacional de transporte de uso público se encuentran dentro del marco de competencia del OSITRAN, de acuerdo con las disposiciones de la norma legal, situación que se hará extensiva a todos los terminales que tengan la misma clasificación. El art. 6 de la Ley de los Organismos Reguladores establece las funciones de estos y en el numeral 3 de su art. 3 establece que dichas funciones serán ejercidas conforme a los alcances y limitaciones acotadas por las leyes y reglamentos aplicables a cada organismo regulador.

Asimismo, el citado documento legal evalúa cada una de las funciones del OSITRAN aplicables en los mencionados terminales. Respecto a la función reguladora en tarifas, corresponde al OSITRAN operar el sistema tarifario de la Infra. bajo su ámbito de competencia conforme con las disposiciones señaladas en su Ley de Creación, teniendo entre sus principales funciones: “regular, fijar, revisar o desregular las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la infraestructura en, en virtud de un título legal o contractual, así como los cargos de acceso por la utilización de las facilidades esenciales...” (el subrayado es nuestro).

Conforme a literal b del art. 7.1 de la Ley de Creación del OSITRAN, le corresponde a este organismo garantizar la sostenibilidad, eficiencia y equidad de los servicios en los terminales portuarios, a través de la regulación del sistema tarifario de los mercados derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público en los que no hay libre competencia.

⁴⁸ Numeral 30 del Informe N° 012-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN del 21 de marzo de 2017.

Asimismo, en el art. 13 de la LSPN establece que los terminales portuarios de titularidad privada o pública, siempre y cuando sean de uso público y se desarrollen fuera del régimen de libre competencia estarán sujetos al pago de tarifas determinadas por el OSITRAN.

Es así como, el OSITRAN es competente para ejercer facultades de regulación tarifaria en los dos terminales privados antes señalados siempre que no se encuentren en condiciones de competencia. Para tales efectos, tanto la APN y los administradores portuarios deberán solicitar ante INDECOPI su pronunciamiento sobre la existencia de condiciones de competencias; y en caso se determine la inexistencia de las referidas condiciones, se deberá iniciar con el procedimiento de fijación tarifaria por parte del OSITRAN. Por lo tanto, INDECOPI deberá pronunciarse sobre el análisis de las condiciones de competencia de los terminales privados de uso público para establecer la participación del OSITRAN.

Respecto a la función reguladora en acceso, en infraestructura de uso público, el numeral 2 del art. 101 del Reglamento de la LSPN dispone que el usuario intermedio autorizado con licencias para servicios portuarios requiera utilizar infraestructura de uso público, el administrador portuario tendrá que seguir el procedimiento establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público (REMA) del OSITRAN. Por lo tanto, corresponde a OSITRAN aplicar las disposiciones del REMA en las actividades de los terminales privados de uso público.

Respecto a la función supervisora, debemos señalar que el Reglamento General del OSITRAN en su art. 21 dispone que el OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades sujetas a su competencia, y además verifica el cumplimiento de mandatos o resoluciones propias de las actividades supervisadas. Por lo tanto, corresponderá al OSITRAN ejercer sus competencias en los terminales privados de uso público en materias de supervisión, fiscalización y sanción, siempre que, no se superponga con las normas especiales del SPN. Estas últimas normas están referidas específicamente sobre inversión y operación.

En el caso de las inversiones para terminales de uso público, el OSITRAN es competente dentro de los alcances y limitaciones permitidas por su normativa legal, siendo la APN el encargado de la supervisión de las obligaciones de inversiones referidas a ejecución, construcción y rehabilitación en infraestructura pública de transporte de uso público, en los casos que el contrato de concesión considera dicha ejecución. Por lo tanto, no le corresponde al OSITRAN supervisar la ejecución de inversiones en los terminales privados de uso público debido a que las mismas no tienen una obligación enmarcadas en un contrato sino un derecho al cual han accedido a través de la habilitación portuaria (que permite la ejecución de obras), y de acuerdo con ello tampoco ejercerán las funciones de fiscalización y sanción en esta materia (inversiones).

En consecuencia, la APN es la entidad responsable de la verificación de ejecución de las obras autorizadas por la habilitación portuaria, dentro de sus actividades a realizar será las inspecciones inopinadas de avance de obra, de termino de obra y bianual estructura, conforme lo regula el Reglamento de la LSPN.

Sobre los aspectos operativos, debemos señalar que el OSITRAN es competente dentro de los alcances y limitaciones permitidas por su normativa legal, siendo el encargado de verificar las operaciones en las infraestructuras de uso público. En el caso de los terminales portuarios la LSPN y su Reglamento establecen que las actividades relacionadas a la naves y mercancías en los puertos es de exclusiva responsabilidad de la APN y las APR, disponiendo a su vez que el OSITRAN delega sus funciones técnicas y operativas en infraestructura portuaria de uso público.

Por su parte, la Resolución Ministerial N° 162-2001-MTC-15.15 que aprueba el Reglamento Técnico para la elaboración de los reglamentos internos de las entidades que explotan Infra. portuaria de uso público establece que los reglamentos operativos deberán ser elaborado por las entidades en mención. No obstante, el OSITRAN según el art. 28 del REGO podrá emitir opiniones técnicas sobre los referidos reglamentos ante la APN, cuando lo considere pertinente.

Hay que decir también que, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones para la actividad portuaria⁴⁹, aplicable a todas las entidades que realicen actividades y/o servicios portuarios, dispone que la APN en la entidad encargada de supervisar el cumplimiento de las actividades portuarias a través de inspecciones y control sobre las mismas, así como de aplicar las infracciones y sanciones de acuerdo con la clasificación regulada en el citado dispositivo legal.

Por lo antes expuesto, la APN tiene las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en aspectos de inversiones y operaciones sobre a los titulares de los terminales privados de uso público.

Sobre los aspectos económicos y comerciales, debemos señalar que el OSITRAN es competente dentro de los alcances y limitaciones permitidas por su normativa legal, siendo el encargado de verificar los aspectos económicos y comerciales vinculados a accesos, reclamos, tarifas y política comercial de las entidades sujetas a su competencia y al no estipular lo contrario en la LSPN, por lo que corresponderá al OSITRAN ejercer sus funciones en estas materias sobre de los terminales privados de uso público.

Respecto al aporte por regulación, la Ley de Creación del OSITRAN dispone que las entidades prestadoras como son las empresas titulares de terminales portuarias de uso público deben cumplir con una tasa no mayor al 1% de su facturación anual.

Sobre la función de solución de controversias y de atención de reclamos, corresponde a OSITRAN ejercer su competencia en dichas materias en las empresas bajo la aplicación del REGO para las entidades prestadoras y los usuarios intermedios, situación que incluye las terminales TP Pucallpa y TP Chancay.

Finalmente, el OSITRAN ejerce su función fiscalizadora y sancionadora en aspectos tarifarios, accesos, económico y comercial, aporte por regulación y solución de controversias y de reclamos

⁴⁹ Decreto Supremo N° 008-2008-MTC.

sobre los terminales portuarios de titularidad privada y uso público, y en las demás funciones de fiscalización y supervisión en inversiones y operaciones las competencias son de la APN.

3. AFECTACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Durante la presente investigación hemos realizado un análisis comparativo de las modalidades de inversión privada aplicables a la infraestructura portuaria de uso público, describiendo a las APP (concesión) y licencia portuaria. Como se indicó líneas arriba ambas modalidades permiten al sector privado ejecutar y operar terminales de uso público, pero dependiendo de la elección de una de ellas se le aplicará un marco jurídico determinado, lo que genera la aplicación de procedimientos y regulaciones diferentes a una infraestructura de uso público.

Parte importante de las experiencias en la explotación de los Infra. y SSPP es que el comportamiento maximizador de la parte privada encuentra altos beneficios en aquellos mercados con vacíos normativos, o poco regulados, como sería el caso de la licencia portuaria, si bien en determinados aspectos no habría mayor diferencia como es la regulación *ex post* (fase de operación) que en ambos casos es realizada por el OSITRAN y la APN en el marco de sus competencias; existen otros, como la regulación *ex ante* en donde existen mayores diferencias entre ambas modalidades.

Previamente señalamos que el SPN cuenta con un total de 85 instalaciones portuarias, de las cuales son 28 de uso público y 57 de uso privado. Las modalidades que se han aplicado para desarrollar las referidas instalaciones portuarias de uso público y privado han sido las APP y la licencia portuaria, respectivamente; es así como, la clasificación de uso (al menos en teóricamente) permitía deducir la aplicación de una modalidad frente a la otra.

Cabe indicar que LSPN y su Reglamento siempre han permitido las licencias portuarias para terminales tanto de uso privado como público, pero hasta hace unos años la utilización de esta solo ha sido para terminales de uso privado por ello que, hoy en día, observamos a 57 instalaciones portuarias de uso privado operando. Sin embargo, recientemente operan tres

terminales privadas de uso público en la selva peruana, si bien el desarrollo de estas no ha tenido ningún efecto negativo hasta la fecha resulta conveniente analizar la naturaleza de estas debido a que ambas modalidades estarían en igual de condiciones, y claramente habría una afectación al sistema de APP.

Es así como, el desarrollo de terminales por licencia portuaria puede desestabilizar la planificación del sector y sobre todo desvirtuar al sistema de APP que hasta la fecha ha permitido desarrollar concesiones portuarias de titularidad y uso público. Conforme lo hemos señalado las concesiones permitieron la participación privada y la reducción de la participación del Estado en el ámbito económico, es a raíz del desarrollo de esta modalidad que se han promulgado una serie de normas que han permitido crear un clima favorable para captar y mantener capitales extranjeros.

En general, las concesiones han sido propuestas estatales para proyectos de inversión de gran importancia para nuestro país, convirtiendo al Estado en el ente promotor y al privado en el ente ejecutor, recalquemos que hoy el marco normativo dispone que las concesiones son un tipo contractual dentro de las APP. Asimismo, los CC enmarcan una infinidad de regímenes legales vinculados al tipo de proyecto, actividad y nivel de gobierno que, en suma, comprende aspectos importantes tales como la inversión y operación que se usualmente se traslada a la parte privada.

Además, el esquema de APP responde a exigencias estatales en temas de planificación, inversión, regulación de tarifas y cumplimiento de los niveles de servicio que se evalúan constantemente durante todo el plazo contractual, es así que, con el desarrollo de proyectos por licencias portuaria estas APP podrían verse afectadas debido a que las primeras tienen un menor nivel de exigencia durante la tramitación y sobre todo porque responden a un propósito netamente privado, pero no resta que cumplan con todas las exigencias legales establecidos en la LSPN.

En innumerables oportunidades hemos indicado que la política asumida para las licencias estuvo orientada al desarrollo de infraestructura y servicios portuarios que están directamente ligadas a un interés económico general (aumento en la competitividad de los puertos, mercado orientado

a la competencia), lo cual desde nuestro punto de vista es positivo porque permite mejorar y desarrollar infraestructura portuaria y de la logística portuaria.

No obstante, no debemos olvidar que dentro de la política económica como país está promover el desarrollo de la inversión privada a través de las APP, el cual está enmarcado en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada constituido por “*principios, normas, procedimientos, lineamientos y directivas técnico normativas, orientados a promover y agilizar la inversión privada, para contribuir al crecimiento de la economía nacional, al cierre de brechas en infraestructura o en servicios públicos, a la generación de empleo productivo y a la competitividad del país*”. Es preciso indicar que la inversión directa extranjera es la principal fuente de financiamiento de la balanza de pagos, ello se ve reflejados en las cifras del Banco Centra de Reserva que a continuación mostramos:

Tabla 11. Cuenta financiera del sector privado

Cuadro 11 CUENTA FINANCIERA DEL SECTOR PRIVADO (Millones de US\$)				
	2017	2018*	2019*	2020*
SECTOR PRIVADO (A + B)	1 100	-927	3 759	4 614
Porcentaje del PBI	0,5	-0,4	1,6	1,9
A. LARGO PLAZO	1 653	2 117	4 645	4 634
1. ACTIVOS	-2 929	-4 041	-2 269	-2 398
2. PASIVOS	4 582	6 158	6 914	7 031
Inversión directa extranjera en el país	6 769	7 756	6 666	6 581
Préstamos de Largo Plazo	-3 906	-1 639	-462	-133
Inversión de cartera	1 719	41	710	584
B. CORTO PLAZO ^{1/}	-553	-3 044	-886	-20

^{1/} Incluye errores y omisiones netos, y efecto revaluación cambiaria.

* *Prorratación*

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú

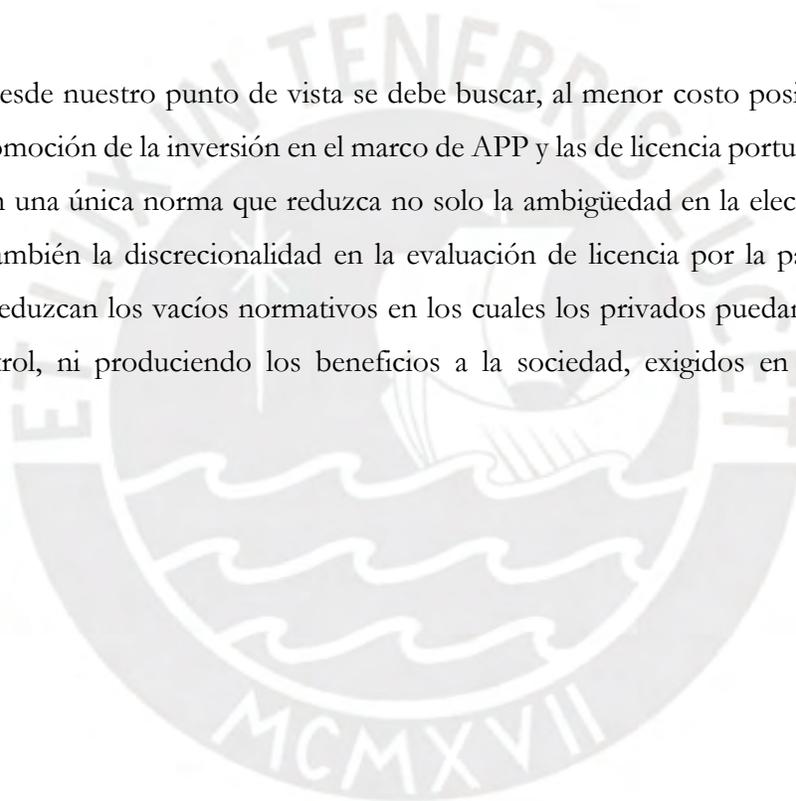
Por lo tanto, si bien es positivo para el país mayores inversiones privada están deben estar acorde con la normatividad legal en todos sus extremos, sin que existe diferencias sustanciales para que la parte privada opte por una modalidad frente a otra para ejecutar dichas inversiones.

Tengamos en cuenta que los proyectos por APP están orientados a permitir un sistema portuario más competitivo considerando el interés público, y, en el caso, de las licencias la regulación es menor debido a que ofrece al mercado opciones para funcionar libremente por transacciones privadas; siempre que estas no afecten la competencia y los servicios que brinden sean en condiciones de calidad y por un precio adecuado. Cabe indicar que solo sería adecuado hablar

de regulación tarifaria si los operadores de este tipo de terminales poseen el poder suficiente para elevar los precios muy por encima del costo, generando con ello una afectación al bienestar económico.

En general las modalidades de inversión (concesión/licencia) para el caso de las infraestructuras debe procurar el menor impacto en términos de costos; es decir, aspirar a conseguir tal punto de equilibrio en el que ninguna de las partes pueda mejorar su situación sin reducir el bienestar de cualquier otro agente, lo que en regulación de los servicios públicos se conoce como óptimo de Pareto.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista se debe buscar, al menor costo posible, resumir las políticas de promoción de la inversión en el marco de APP y las de licencia portuaria en el marco de la LSPN, en una única norma que reduzca no solo la ambigüedad en la elección de la parte privada sino también la discrecionalidad en la evaluación de licencia por la parte pública, de modo que se reduzcan los vacíos normativos en los cuales los privados puedan operar sin un adecuado control, ni produciendo los beneficios a la sociedad, exigidos en las inversiones privadas.



CONCLUSIONES

Las reformas estructurales producidas por los años noventa en el Perú permitieron la modernización de nuestra economía, la cual se orientó a principios económicos tales como la defensa de los mercados en competencia, eliminación de las barreras para el ingreso de capitales extranjeros y la restricción a la actividad empresarial del Estado, estos principios finalmente se plasmaron en la carta constitucional de 1993. Esta Constitución establece una economía social de mercado basada en el bienestar social, libre mercado, rol subsidiario y solidario del Estado, y políticas para el desarrollo del país en sus diversas áreas generando una relación entre Estado, empresa y sociedad.

Asimismo, el nuevo régimen económico impulsó la inversión privada en aquellas áreas de alto interés público como infraestructura y servicios públicos a través de modalidades de participación de la inversión privada. Originariamente la inversión privada fue incorporada en nuestra legislación con el modelo de privatización de las empresas estatales, sin embargo, y con miras a financiar proyectos de mayor envergadura se incorporó a la concesión como un tipo contractual que, otorgaba al privado la gestión del bien público por un plazo determinado y que, a diferencia de la privatización no se perdía la titularidad estatal del bien público.

Seguidamente, y ante la evolución de estas modalidades de participación privada se incorporó a las APP dentro de nuestro marco normativo, esta modalidad es originaria de la experiencia inglesa, y permite desarrollar proyectos en Infra. y SSPP distribución de los riesgos entre las partes y, además, permite el uso eficiente de los recursos públicos.

Por lo tanto, y centrándonos en el objetivo de esta investigación debemos señalar que las políticas económicas en nuestro país han permitido la inversión privada en terminales portuarios con el propósito de construir y mejorar las instalaciones existentes, así como permitir a los privados la operación de estas, efecto que resta la participación de la administración pública en los puertos.

Es así como el Estado ha impulsado a la concesión -regulada por la Ley de APP- para el desarrollo de infraestructuras portuarias de uso público, siempre que se cumpla con las

disposiciones establecidas en la LSPN (norma especial). Recordemos que esta ley tiene como objeto “...promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, así como facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos”, a través de Contratos de Concesión u otras modalidades hasta por un periodo de 30 años.

No obstante, la misma Ley de Puertos regula otro tipo de modalidad para que un privado pueda administrar un terminal y que en ningún sentido se relaciona con la APP. Como señalamos en el segundo capítulo el privado que esté dispuesto a desarrollar infraestructura de uso público podrá solicitar ante la APN la licencia portuaria para operar una terminal, previo cumplimiento de los requisitos establecidos.

Por su parte, la licencia portuaria como modalidad de inversión privada tuvo como objetivo propiciar la inversión privada en infraestructura portuaria debido a la escasa inversión pública, recordemos que la emisión de la LSPN fue en el año 2003, para dicho momento solo se había concesionado el TP de Matarani siendo su inversión poco relevante, a pesar de su condición de infraestructura pública. No obstante, los puertos públicos hoy en día son atractivos para la inversión privada, ya que se han concesionado 8 terminales de uso público con montos altos de inversión.

Por tanto, existen dos tipos de modalidades para desarrollar terminales portuarios de uso público, por un lado, la concesión aplicando la Ley de APP juntamente con la LSPN y, por otro, la licencia portuaria con la sola aplicación de la LSPN. La elección de una modalidad frente a otra dependerá exclusivamente de los objetivos y planificación comercial que posea la empresa privada, conforme se indicó en el capítulo anterior.

Años atrás se entendía que la diferencia en la aplicación de una modalidad frente a otra radicaba en el tipo de uso que se otorgaba a la infraestructura – uso público o privado – aplicándose el marco normativo de APP y el marco normativo de la LSPN, respectivamente. Sin embargo, últimamente dicha distinción ha variado debido a que a la fecha contamos con terminales privados de uso público, situación que desvirtúa el sistema de APP.

El análisis de estas modalidades de inversión está orientado a buscar la reducción de la ambigüedad en la elección de la parte privada, de modo tal, se cuente con un solo marco normativo que permita desarrollar infraestructura de uso público debido a que estas diferencias podrían provocar riesgos tanto para el usuario como el Estado, si bien hasta la fecha no existen efectos negativos con el desarrollo de terminales por licencia más bien por el contrario tiene efectos positivos para la competitividad del país, no podemos dejar de lado la afectación que tienen los mismos sobre la política para promover la inversión privada a través de las APP.

Por lo tanto, recomendamos las dos siguientes opciones para la propuesta de regulación de la licencia portuaria, la primera es limitar completamente el uso público, mientras que la segunda es limitar fuertemente el uso público. Consideramos que limitar fuertemente el uso público significa que el operador portuario dedique solo una pequeña parte a la demanda de terceros, digamos, solo en una proporción variable en función de las condiciones de mercado, pero en ningún caso de una tasa flat., toda vez que el mercado es dinámico y las condiciones cambiantes en cada etapa.

Finalmente, por la parte pública, el otro aspecto regulatorio radica en contar con procedimientos más detallados en la evaluación de los requisitos exigidos para la licencia portuaria. Esto quiere decir que el Estado cuente con los instrumentos de gestión, criterios, indicadores y lineamientos claros y precisos en temas técnicos marítimos, de modo que la parte privada genere menor asimetría de la información y por lo tanto menores incentivos de ocupar espacios no regulados, o situaciones de comportamiento oportunista; y sobre todo no afectar el sistema de APP para el desarrollo de este tipo de proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

- AFIN. (s. f.). *Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (p. 230). Perú: Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional.
- Agencia de Promoción de la Inversión Privada, Ministerio de Relaciones Exteriores, & Ernst & Young. (2018). *Guía de Negocios e Inversión en el Perú 2018/2019* (p. 284). Recuperado de http://www.rree.gob.pe/Documents/2018/Guia_de_Negocios_e_Inversion_2018-2019.pdf
- Alcázar, L., & Lovatón, R. (2005). Evaluación de la concesión del puerto de Matarani: ¿Quién gana y quién perdió? Grupo de Análisis para el Desarrollo. Recuperado de <https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/37731/2/ddt47.pdf>
- Alza Barco, C. (2011). ¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad. *RDA 10 - Derecho de la Competencia*, 10, 6.
- Arroyo Tocto, V. A. (2009). Las formas de inversión en infraestructura portuaria pública y privada en el Perú. *Circulo de Derecho Administrativo*, 7.
- Baldwin, R., & Cave, M. (2011). Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. *Oxford Scholarship Online*, 19.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2015). Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2016). Asociaciones Público Privada en Perú: Análisis del nuevo Marco Legal. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_1.pdf
- Carbajal Navarro, M. A. (2011). Medición de Productividad y Eficiencia de los Puertos Regionales del Perú: Un Enfoque No paramétrico. Consorcio de Investigación Económica y Social - CIES.

Recuperado de

http://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/medicion_de_productividad_y_eficiencia_de_los_puertos_0.pdf

Castillo Freyre, Mario. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN* (Primera Edición). Lima, Perú: Palestra Editores.

Castillo, P., Montero, C., & Tuesta, V. (s. f.). Hechos estilizados de la economía peruana. *Revista Estudios Económicos*, 14, 33–75.

Davies, P., Eustice, K., & Massó, G. (s. f.). *La solución de la cooperación Pública - Privada. Realidad y futuro de las infraestructuras en Europa* (pp. 1–80). Pricewaterhousecoopers.

De Rus Mendoza. (2006). *La política de transporte europea. El análisis económico* (Atlántida Grupo Editor). Bilbao: Fundación BBVA.

Majone, G. (1994). Paradoxes of privatization and deregulation.

Martin Tirado, R. (2013, Setiembre). EL Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. en *Revista Arbitraje PUCP*, Año 3, N° 3.

Ocho Cardich, C. (2013). El Servicio Público en la Constitución Peruana de 1983". *Pensamiento Constitucional* N° 18.

Organisation for Economic Co-operation and Development. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis*. París. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>

Otiniano Carbonell, Martín. (2012). *La Regulación de los Servicios Públicos: La experiencia de OSINERGMIN*. Círculo de Derecho Administrativo.

Pérez-Reyes Espejo, R. (s. f.). *La autonomía de los Organismos Reguladores: alcances y límites*, XX, 8.

Quiñonez Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicio Público, 12.

Ruiz Caro, A. (2002). El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo 1991 - 2002. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES. Recuperado de <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S027489.pdf>

Spiller, P. T. (2008). AN INSTITUTIONAL THEORY OF PUBLIC CONTRACTS: REGULATORY IMPLICATIONS.

Tassano Velaochaga, H. (2009). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos". Revista de Derecho Administrativo.

World Economic Forum. (s. f.). *The Global Competitiveness Report 2018* (p. 671). Recuperado de <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>

Zegarra Valdivia, D. (2008). La regulación como técnica de intervención administrativa. *Derecho & Sociedad* N°23. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-regulacion-como-tecnica-de-intervencion-administrativa/>