

LAS CLASES DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA EN EL PERÚ Y EL DISEÑO DE LA CONCESIÓN DEL MUELLE SUR EN EL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO

Alejandro Manayalle C.*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El presente artículo analiza las clases de concesiones portuarias que pueden otorgarse en el Perú.

Asimismo, efectúa un análisis de la regulación actual y una interesante crítica a las condiciones que se imponen a los concesionarios de infraestructura portuaria. Al respecto, tomando como ejemplo el proceso de concesión del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, el autor nos manifiesta las críticas por las cuales considera que dicha concesión pudo ser mejor y expone sus propuestas para contar con un puerto eficiente que sea capaz de competir exitosamente a nivel internacional.

* Abogado de Rodrigo, Elías & Medrano. Adjunto de Docencia de los Cursos "Estado Regulador y Empresa" y "Derecho de la Competencia y Derechos Intelectuales" de la Maestría de Derecho de la Empresa con Mención en Regulación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de "Derecho Civil (Contratos)" y "Análisis Económico del Derecho" de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Los comentarios vertidos en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan las opiniones de las instituciones mencionadas en el párrafo anterior.

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, las concesiones de infraestructura de transporte de uso público más importantes de los últimos años son las relacionadas a instalaciones de desarrollo estratégico tales como las infraestructuras portuarias. Los puertos juegan un papel especial en el desarrollo de un país. Además de ser instalaciones necesarias para promover el comercio exterior y las exportaciones, están ubicados en zonas estratégicas relacionadas con la seguridad nacional y, usualmente, los sindicatos de trabajadores portuarios representan, en todo el mundo, gremios políticamente muy fuertes y bien organizados.

La conjunción de estos aspectos genera que las concesiones de infraestructura portuaria sean política y socialmente muy sensibles y que, en algunos casos, se deje de lado la eficiencia que debe primar en la concesión para ceder a presiones políticas o sociales que en nada benefician a la operación portuaria.

El Perú tiene una posición geográfica estratégica para convertir a sus puertos en un *hub* de distribución de toda la región. Representa la puerta de entrada a América del Sur por el Océano Pacífico. Sin embargo, la administración estatal de los puertos ha generado que estos operen ineficientemente y que las navieras prefieran desembarcar en terminales marítimos de otros países.

El Terminal Portuario del Callao (TPC) es, precisamente, un ejemplo de la ineficiencia en la operación portuaria. Un estudio reciente afirma que los sobrecostos de la operación estatal del Callao duplican el flujo total de las transacciones del puerto, implicando que por cada dólar facturado, en la práctica hay dos más de sobrecosto, los cuales son evitables¹.

La participación privada en la operación portuaria en el Callao, por tanto, es necesaria y urgente. Ésta se ha iniciado con la entrega en concesión de la nueva terminal de contenedores en la Zona Sur del Callao, cuya buena pro fue otorgada a la empresa DP WORLD CALLAO S.A., constituida por los integrantes del Consorcio Terminal Internacional de Contenedores del Callao (P&O Dover, Dubai Ports y Uniport), el día 19 de junio de 2006. El factor de competencia para el otorgamiento de la concesión fue la aplicación de una fórmula que incluyó la tarifa más baja a ser cobrada por los servicios que serán prestados a la nave y a la carga, conjuntamente con las inversiones adicionales a efectuarse en el Muelle Sur y en el TPC.

Si bien, en términos generales, el diseño de la concesión permitirá al concesionario obtener niveles de eficiencia en

la operación de la terminal de contenedores así como la implementación de tarifas baratas y atractivas para los usuarios, el plazo por el que legalmente se otorgó la concesión pudo ser mayor y, en consecuencia, también pudo mejorar el diseño del puerto y los niveles de eficiencia que se ejecutarán en el futuro.

Durante el concurso, los postores solicitaron que el plazo de la concesión sea superior al de 30 años propuesto por PROINVERSIÓN y la Autoridad Portuaria Nacional. Un plazo superior al de 30 años probablemente hubiera permitido a los postores ofrecer una inversión con montos mayores a los ofrecidos. También hubiera permitido a PROINVERSIÓN reducir el límite mínimo de la tarifa que podía ser ofrecida por los postores en el Concurso².

No obstante las solicitudes de los postores, durante el concurso, PROINVERSIÓN desestimó ampliar el plazo de la concesión señalando que las leyes vigentes no lo permitían. Una crónica económica publicada durante el concurso señaló que: "uno de los pedidos de los postores era aumentar el plazo de la concesión de 30 a 60 años. Al respecto, Proinversión señala que, en principio, conviene dar la concesión a 60 años; sin embargo, todos los informes legales que manejan indican que para ampliar el plazo se debería modificar la Ley de Puertos, lo que es inviable por el momento"³.

El presente artículo pretende demostrar que las normas vigentes sobre concesiones de infraestructura portuaria, en casos como el del Muelle Sur, sí permiten otorgar la concesión con plazos de 60 años y que no es necesario modificar el marco normativo para ello. Asimismo, el presente trabajo demuestra que una concesión de infraestructura portuaria otorgada con un plazo amplio permite la competitividad de las tarifas de las terminales y, por tanto, permite fomentar más rápidamente el desarrollo económico del comercio exterior.

El objetivo final del presente trabajo es evitar que en las futuras concesiones de infraestructura portuaria se cometa el mismo error y que éstas se otorguen en plazos mayores que permitan a los postores ofrecer tarifas más competitivas que las de otros puertos de la región e inversiones aún más importantes que las presentadas en el Muelle Sur para obtener, de esa manera, un mayor desarrollo de los puertos nacionales.

I. LA CONCESIÓN COMO TÉCNICA DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA

¹ SGUT, Martín. "Facilitación del Transporte y del Comercio. Estudio de los costos y sobrecostos portuarios del puerto del Callao-Estrategia Conceptual para el Desarrollo de Concesiones de los Puertos Peruanos". Lima: USAID-PROYECTO CRECER. 2005. pp. 46-47.

² Cabe indicar que tres de los cuatro postores que presentaron ofertas ciñeron su tarifa al mínimo preestablecido.

³ MERINO, Marlene. "Operadores preocupados por promoción del Muelle Sur". En: La República. Martes 7 de marzo del 2006. p. 16.

1.1 La concesión es el acto de Derecho Público que confiere a una persona un derecho o un poder mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio del Estado⁴.

La concesión de obra pública es aquella en la que el Estado habilita a un particular a ejercer un poder que le es privativo (operándose una “delegación trans-estructural de cometidos estatales”⁵): construir, mejorar o mantener (o conservar) una determinada infraestructura, exigiendo a los administrados el pago de una contraprestación por la explotación de la obra, la cual es de dominio público.

1.2 Nuestro marco legal vigente referido al régimen de concesiones señala que las obras públicas de infraestructura pueden entregarse en concesión para que los privados procedan a su ejecución y explotación.

La ejecución de la infraestructura puede involucrar, indistintamente, su construcción, reparación o ampliación. Por su parte, la explotación de la obra comprende su mantenimiento o conservación, la prestación del servicio que sobre ésta se brinda y el derecho a cobrar una tarifa⁶.

1.3 En este orden de ideas, la participación privada en concesiones de obras públicas de infraestructura puede otorgarse para el cumplimiento de diversos propósitos:

(i) En caso que el Estado plantee la creación de una nueva infraestructura de uso público o su recuperación o ampliación, éste otorgará la concesión para que el particular proceda a la ejecución de la infraestructura y, conjuntamente,

a su explotación mediante la prestación de determinados servicios.

(ii) En el caso de una infraestructura ya construida, el Estado podrá entregar en concesión solamente su explotación, la cual incluye el mantenimiento y conservación de la obra y, adicionalmente, la explotación del servicio. El otorgamiento de tal concesión se efectuará considerando que el mantenimiento y la operación de la infraestructura pueden ser desarrollados más eficientemente por la participación de los privados. Como es obvio, esta clase de concesiones involucra, también, un desembolso de inversiones por parte del particular, las cuales están destinadas al mantenimiento de la infraestructura y a desarrollar las mejoras necesarias para su funcionamiento y operación eficiente.

Al respecto, Gaspar Ariño⁷ afirma: “Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o entidad de Derecho Público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de obras (...) que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra”.

1.4 Como es lógico, las concesiones que involucran la ejecución (construcción, rehabilitación o ampliación) y explotación de una infraestructura demandarán a los concesionarios un mayor requerimiento de

⁴ SAYAGUES LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I. Montevideo. 1963. p. 421.

⁵ Comentado por MERTEHIKIAN, Eduardo: “Análisis de Algunas de las Modificaciones Introducidas a la Ley de Concesión de Obra Pública (a propósito de la Ley de Reforma del Estado)”. En: “La Ley”. Tomo 1990-B. pp. 1131-1132.

⁶ El artículo 3 del Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos señala:

“Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la explotación del servicio comprende:

a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada en concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;

b) el mantenimiento de la obra; y,

c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos”.

⁷ ARIÑO, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara Editores. 2004. p. 701.

En esa misma línea, José Fernando Vargas Fritz señala que la concesión de obra pública de infraestructura es: “Un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual este último asume, **la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal**, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación” (resaltado agregado). VARGAS FRITZ, José Fernando. “La concesión de obras públicas”. Concepción: Ediciones Jurídicas La Ley. 1997. pp. 117-188.

En la doctrina nacional, Jorge Danós señala: “Mediante la Concesión de Obras Públicas, la Administración transfiere a un particular (el Concesionario), **la ejecución, reparación o conservación de una obra**. Como contraprestación, el concesionario obtiene el derecho a la explotación de la obra pública y a obtener la tarifa o peaje pactados por el uso de la misma” (resaltado agregado). DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones”. En: *Advocatus* 2. p. 60.

inversión y la asunción de mayores riesgos en la construcción. Asimismo, la construcción de la obra requerirá de conocimientos técnicos del concesionario referidos a las actividades propias de la construcción.

- 1.5 Las concesiones que involucran solamente la explotación (conservación, mantenimiento y prestación del servicio), por el contrario, no demandan de mayores compromisos de inversión toda vez que la obra ya está construida y basta su acondicionamiento o mantenimiento para iniciar la operación. Como es obvio, el Estado traslada al concesionario el deber de su mantenimiento y conservación, para lo cual, éste efectuará las inversiones necesarias que permitan preservar la infraestructura en óptimas condiciones para la prestación del servicio de interés económico general.

En una concesión que involucra solamente la explotación, el concesionario está obligado a efectuar mejoras necesarias dentro de la infraestructura con la finalidad de su conservación. Asimismo, el concesionario puede comprometerse a implementar mejoras útiles que servirán para generar una mayor eficiencia y competitividad en la normal operación de la infraestructura.

Las concesiones que involucran solamente la explotación de una obra son otorgadas cuando se trata de infraestructuras existentes. Esta clase de concesiones ha asumido un papel muy importante en la gestión indirecta de la operación de infraestructuras.

Al respecto, José Luis Villar Escurra⁸ señala: "Será igualmente necesario crear una figura genérica (la concesión de infraestructuras) que dé cabida, al menos, a dos modalidades diferentes. De un lado, a las concesiones para la construcción y explotación de infraestructuras y, de otro, a las concesiones para su conservación y mantenimiento... Y es que resulta absolutamente necesario tomar conciencia de que tan importante o más que la creación de nuevas infraestructuras es la conservación y adaptación de las existentes para lo cual parece que lo más adecuado consiste en externalizar esas tareas. De esta forma se llegaría a un modelo de gestión privada integral de las infraestructuras ya que, al contrato para su

construcción y explotación (durante un plazo suficiente para amortizar la inversión) le seguirán, sin solución de continuidad, otros para su conservación y mantenimiento".

- 1.6 Lo señalado por Villar Escurra es muy importante para establecer el régimen bajo el cual se otorgará una concesión. Inicialmente, se otorgará la concesión para la construcción y explotación de una obra. Esta concesión involucrará fuertes inversiones y programas de diseño detallados, mayor participación técnica y mayor control de autoridades competentes para supervisar las obras y la prestación de los servicios.

Una vez culminado el período por el cual se otorgó la concesión, el Estado estará interesado en preservar la infraestructura y en que los servicios de interés económico general sean prestados eficientemente. Para ello, buscará otorgar la concesión en aras de la conservación y el mantenimiento de la infraestructura, así como de la adaptación a las nuevas tecnologías o al incremento de la demanda, buscando la eficiencia en la prestación del servicio y otorgando una concesión solamente para la explotación de la infraestructura.

- 1.7 En este contexto, resulta lógico que el tratamiento de estas dos modalidades de concesión (una que involucra la construcción y explotación, y otra que involucra sólo la explotación) sea diferenciado, atendiendo a las características y necesidades propias de cada una de ellas.

En efecto, el concesionario que construye debe contar con mayores prerrogativas que el concesionario que únicamente explota porque la inversión demandada y los riesgos asumidos son mayores. El concesionario puede encontrar en la etapa de construcción diversos inconvenientes para continuarla como, por ejemplo, el hallazgo de restos arqueológicos o la generación de daños al medio ambiente. Como señalan Antonio Estache y Ginés de Rus "en la fase de construcción puede ocurrir que se produzcan cambios legales o retrasos en expropiaciones de terrenos que elevan los costes"⁹. Por el contrario, el concesionario que sólo se encarga de la explotación no verá perjudicada la operación de su negocio con este tipo de inconvenientes.

⁸ VILLAR ESCURRA, José Luis. "Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos". En: "Nuevo Derecho de las Infraestructuras". Madrid: Ariño & Almuquera-Editorial Montecorvo-REDETI. 2001. p. 116.

⁹ ESTACHE, Antonio y Ginés DE RUS (editores). "Regulación de Servicios e Infraestructuras de Transporte: Conceptos Básicos". En: "Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores". Bogotá: Banco Mundial-Alfa Omega. 2003. p. 24.

Es por eso que el negocio que se implementa por primera vez en una infraestructura recién construida tiene mayores riesgos que aquel que desarrolla un concesionario que únicamente explota, conserva, mantiene y adapta la obra.

En ese sentido, las prerrogativas del concesionario en una concesión de construcción y explotación deben ser mayores a las de una concesión solamente de explotación porque, en el primer caso, los compromisos de inversión y el riesgo que se asumen son mucho mayores. En palabras de Fanelli Evans, “así como la seguridad se paga, el riesgo se cobra”¹⁰.

- 1.8 En el Perú, con ciertos matices, se han otorgado concesiones de obras de infraestructura de uso público bajo estas dos modalidades. Por ejemplo, en el otorgamiento de las concesiones de los Tramos Viales 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, se encargó a los concesionarios la construcción de cada uno de los tramos mencionados, su mantenimiento y conservación, así como la explotación de la infraestructura mediante el cobro de una retribución denominada Pago Anual por Mantenimiento y Operación, la cual está conformada básicamente por el cobro de peajes. De otro lado, una concesión con actividades esenciales de explotación es aquella que fue otorgada para la operación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en la cual se otorgó al concesionario el derecho de prestar los servicios aeroportuarios manifestados en operaciones principales y operaciones no principales (que son prestadas con terceros en un régimen de competencia) dentro de dicha infraestructura¹¹.

II. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

- 2.1 El artículo 3 de la Ley 27943 –Ley del Sistema Portuario Nacional¹² (LSPN)– establece en su inciso 8 que constituye un lineamiento esencial de la Política Portuaria Nacional el fomento de la participación del sector privado,

preferentemente, a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamiento portuario.

- 2.2 Consistentemente con lo señalado en el capítulo anterior, la LSPN regula dos sistemas distintos de participación de la inversión privada en infraestructura portuaria¹³:

- (i) La administración de infraestructuras portuarias, la cual incluye esencialmente la *explotación* de la obra (en conjunto con su conservación y mantenimiento). En adelante, en el presente artículo, denominaremos a estas concesiones como “concesiones de administración”.
- (ii) Las inversiones en infraestructuras portuarias, las cuales incluyen *el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación* de una nueva infraestructura portuaria. En el presente artículo, denominaremos a estas concesiones como “concesiones de construcción y explotación”.

Como se detallará más adelante, el tratamiento a estas dos modalidades de inversión privada en infraestructura portuaria dentro de la LSPN es *distinto*, toda vez que, en la primera, solamente se otorga el derecho de explotar (administrar) una infraestructura existente, mientras que, en la segunda, existe la obligación del concesionario de construir una nueva infraestructura y el derecho a su posterior explotación.

La LSPN regula los aspectos propios de la *concesión de administración* en el artículo 10, mientras que aquellos relacionados con la *concesión de construcción y explotación* están regulados en el artículo 11¹⁴.

En los párrafos siguientes, se detallará los regímenes propios de cada una de estas modalidades de participación del sector privado en infraestructura portuaria, destacando sus principales diferencias.

¹⁰ FANELLI EVANS, Guillermo. “El riesgo de la Concesión de Obra Pública”. En: La Ley 1992-C. Sección Doctrina. p. 1087.

¹¹ En el caso del Aeropuerto Jorge Chávez, el concesionario también es el responsable de realizar las obras civiles propias de su conservación y mantenimiento, así como ciertas mejoras implementadas con la finalidad de mantener la eficiencia y competitividad en la operación de la infraestructura de acuerdo con la demanda aeroportuaria internacional.

¹² Publicada el 1 de marzo del 2003.

¹³ La cual puede producirse a través de concesiones o de cualquier otra modalidad de participación privada permitida, como, por ejemplo, asociación en participación, contratos de arrendamiento, contratos de riesgo compartido, contratos de gerencia, contratos societarios, entre otros.

¹⁴ En esta misma línea, el artículo 48 del Reglamento de la LSPN, aprobado por Decreto Supremo 003-2004-MTC del 4 de febrero del 2004, reconoce esta distinción al señalar que “la Autoridad Portuaria Nacional es la entidad competente para celebrar **los contratos señalados en los artículos 10° y 11° de la Ley en puertos y/o terminales portuarios de ámbito nacional**” (resaltado agregado).

2.3 Concesión de Administración de Infraestructura Portuaria

El artículo 10 de la LSPN regula el régimen de participación privada en las concesiones de administración de infraestructura portuaria. El artículo 10.2 señala: “las autoridades portuarias nacionales y regionales podrán otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado”.

Los aspectos esenciales y diferenciados de dicho régimen son los siguientes:

2.3.1 Explotación de la Infraestructura: conforme al artículo 10.2 de la LSPN, la administración de una infraestructura portuaria permite al concesionario la explotación de la obra mediante la prestación de servicios portuarios. Los servicios portuarios (según la definición 19 de la Vigésima Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN) son aquellos que se prestan en las zonas portuarias para atender: (i) a las naves; y, (ii) a la carga.

2.3.2 Prestación No Exclusiva de Servicios Portuarios: conforme al artículo 10.2 de la LSPN, los servicios portuarios brindados por el administrador portuario no serán de prestación exclusiva. Según dicha norma, la Autoridad Portuaria: “podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado (...) sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieran necesariamente para proveer sus servicios”.

Los servicios portuarios prestados por un administrador portuario pueden ser de dos clases: (i) servicios monopólicos por la naturaleza de la infraestructura; y, (ii) servicios en competencia.

En cuanto a los servicios monopólicos, el administrador portuario podrá prestar, en exclusiva, el servicio de uso de amarradero y servicios generales como energía y comunicaciones (para la nave) y el servicio de

uso de muelle y pesaje (para la carga)¹⁵.

Sin embargo, el administrador portuario no tendrá exclusividad y deberá competir en la prestación de los servicios de amarre y desamarre, servicios a las lanchas y agenciamiento, servicios de estiba y desestiba, de carga y descarga, de manipuleo y transferencia, entre otros¹⁶.

En este caso, serán aplicables los principios de neutralidad, libre competencia, no discriminación e igualdad ante la ley y libre elección, regulados en el artículo 14.3 de la LSPN. Asimismo, serán aplicables las disposiciones y principios de libre acceso contenidos en el Reglamento Marco de Acceso a las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (REMA)¹⁷. Por ello, el administrador portuario deberá permitir el ingreso de Usuarios Intermedios para que presten, en competencia, los servicios portuarios a los Usuarios Finales (naves y dueños de la carga). Para tales efectos, el concesionario de la concesión de administración de la infraestructura deberá aprobar un Reglamento de Acceso propio para su concesión.

2.3.3 Plazo Máximo de 30 Años: una característica esencial de las concesiones de administración es el plazo máximo de 30 años. El artículo 10.3 de la LSPN señala: “La infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años”.

Por su parte, el artículo 50 del Reglamento de la LSPN señala que, adicionalmente a los 30 años establecidos en el artículo citado, los contratos con los administradores portuarios pueden ser prorrogados por 30 años más.

Es muy importante notar que, los dos artículos citados se refieren y aplican textual y únicamente a las concesiones de administración.

2.4 Concesiones de Construcción y Explotación

De otro lado, el artículo 11 de la LSPN regula el régimen de participación privada en la inversión en construcción de nueva infraestructura portuaria. Para tales efectos, la LSPN señala que deberá otorgarse una

¹⁵ Ver página 25 del Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

¹⁶ Ver página 25 del Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

¹⁷ Aprobado por Resolución 14-2003-CD/OSITRAN del 25 de septiembre del 2003.

concesión de construcción y explotación. El artículo 11.3 de la LSPN establece que la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales: “celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria con la finalidad de que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva”¹⁸.

La necesidad de implementar una nueva infraestructura deberá estar recogida en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (PNDP), aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

A continuación, se describirán los principales aspectos y características de las concesiones de construcción y explotación de infraestructura portuaria.

2.4.1 Construcción de Nueva Infraestructura Portuaria: el artículo 11.1 señala que la nueva infraestructura portuaria debe estar contemplada en el PNDP. El mismo artículo establece que los contratos de concesión deben prever que las obras se ejecuten y que los programas de inversión en construcción se cumplan. Como es evidente, la diferencia con las concesiones de administración es que estas últimas no disponen la construcción de nueva infraestructura.

2.4.2 Explotación Exclusiva de la Infraestructura: el artículo 11.3 de la LSPN señala que, en esta clase de concesiones, el concesionario tiene el derecho a explotar la infraestructura. La explotación se refiere al derecho que tiene el concesionario a prestar los servicios portuarios. Es muy importante mencionar que, a diferencia de las concesiones de administración, las concesiones de construcción y explotación sí permiten la exclusividad en la prestación de la totalidad de servicios portuarios.

El artículo 11.3 de la LSPN establece textualmente que las Autoridades Portuarias: “celebran compromisos contractuales con el

sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria con la finalidad de que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá aplicar la ejecución o prestación exclusiva de actividades y servicios portuarios”.

Es importante entender que esta prerrogativa excluye a los concesionarios de la aplicación de los principios de neutralidad, libre competencia, no discriminación y libre elección regulados en el artículo 14.3 de la LSPN. Asimismo, tampoco le son aplicables las disposiciones del REMA.

La razón de la distinción con el régimen de competencia establecido para las concesiones de administración es que la exclusividad en la prestación de todos los servicios portuarios (relacionados o no relacionados al monopolio natural que constituye la infraestructura) permitirá al concesionario recuperar más rápidamente y con mayor seguridad la inversión efectuada en la construcción de la infraestructura. La exclusividad constituye una especie de mecanismo de garantía de la recuperación de la inversión.

Los consultores del Banco Mundial, Lourdes Trujillo y Gustavo Nombela¹⁹ afirman:

“Exclusividad
(...) considérese el caso de una terminal de contenedores que se otorga en concesión a un operador privado, pero en la cual se admite la entrada de terceros operadores a mover carga general utilizando sus propias grúas. Aunque en principio la competencia en el segmento de carga general pueda significar una mejora para los usuarios, probablemente es preferible la existencia de un solo operador para todos los tipos de servicios en la terminal (contenedores y carga general), con el objetivo de evitar interferencias con las operaciones de contenedores.

(...) la empresa concesionaria debe recibir garantías de recuperación de la inversión que se realiza”.

¹⁸ En este mismo orden de ideas, el artículo 49 del Reglamento de la LSPN indica: “Artículo 49.- La inversión en infraestructura portuaria de titularidad pública conforme a los requerimientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Portuario puede efectuarse de las siguientes maneras:

a. Administración de los bienes de dominio público portuario (...).

b. Desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de nueva infraestructura portuaria en áreas de desarrollo portuario y en áreas dentro de una zona portuaria, referidas en el artículo 11.3 de la Ley”.

¹⁹ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. “Puertos”. En: “Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores”. Editores: Antonio Estache y Ginés de Rus. Bogotá: Banco Mundial - Alfa Omega. 2003. pp. 137-138.

La exclusividad en el servicio del titular de la concesión de construcción y explotación garantiza la recuperación de su inversión.

Posteriormente, una vez finalizada la concesión, se podrá implementar sobre la infraestructura un régimen de competencia, en la cual el futuro concesionario de una administración portuaria competirá con Usuarios Intermedios.

2.4.3 Plazo Máximo de 60 Años:

2.4.3.1 A diferencia de las concesiones de administración de infraestructura portuaria, el artículo 11 de la LSPN no establece un plazo máximo específico para las concesiones de construcción y explotación.

El artículo 11.1 señala simplemente que “en el caso de los compromisos suscritos con el sector privado la inversión comprometida se establece, conjuntamente con sus plazos, proporcionalidades y modalidades en el respectivo contrato”.

2.4.3.2 Es evidente que el plazo máximo de 30 años señalado en artículo 10.3 anteriormente citado no es aplicable a las concesiones de construcción y explotación, puesto que éste se prevé textual y únicamente para las concesiones de administración.

No puede aplicarse por analogía el plazo máximo de 30 años previsto para las concesiones de administración a las concesiones de construcción y explotación. En efecto, no se verifica de ninguna manera la presencia del argumento *a pari* (a igual razón, igual derecho) en ambas clases de concesiones. No atiende a la misma razón –y por lo tanto, no habrá el mismo derecho– el hecho que un concesionario “construya y explote” y que el otro únicamente “explote” determinada infraestructura portuaria. Las obligaciones de construcción de nuevas infraestructuras determinan una diferencia sustancial en ambas clases de concesiones porque involucran inversión y riesgos adicionales²⁰.

2.4.3.3 Dado que la LSPN no prevé un plazo máximo para las concesiones de construcción y explotación, se debe considerar que es aplicable el plazo máximo previsto para las concesiones de obras públicas de infraestructura, establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 059-96-PCM (TUO).

El artículo 16 del TUO establece que las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el contrato de concesión, el que en ningún caso excederá de 60 años. El plazo máximo de 60 años previsto en el TUO está regulado para concesiones que también comprenden la construcción y explotación de una infraestructura²¹.

Por ello, la aplicación analógica del plazo máximo de 60 años en este caso es perfectamente viable, porque existe igual razón y, por tanto, igual derecho en las responsabilidades y obligaciones asignadas al concesionario por el TUO y por el artículo 11 de la LSPN, las cuales incluyen la construcción y explotación.

2.4.3.4 Cabe indicar que, en caso que una concesión sea otorgada bajo los alcances del TUO, las normas del TUO adquieren rango de especialidad y su aplicación prima sobre aquellas normas que regulan las concesiones sectoriales de rango general.

Así, por ejemplo, las concesiones eléctricas que han sido otorgadas bajo los alcances del TUO no respetaron el plazo (que obligatoriamente debe ser indefinido) establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas²² (LCE), cuyo artículo 22 señala que “la concesión se otorgará por plazo indefinido”. Más bien, el plazo fijado en estas concesiones eléctricas que fueron otorgadas bajo los alcances del TUO se encontraba dentro del margen de 60 años permitido en el TUO.

²⁰ Por ejemplo, Trujillo y Nombela señalan que “en la fase de construcción debe tenerse en cuenta también que el concesionario cuide los aspectos medioambientales negativos que se generen (por ejemplo, vertido de materiales de dragado, impacto sobre terrenos adyacentes, etc.)”. TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 144.

²¹ Ver artículo 3 del Reglamento del TUO.

²² Aprobada por Decreto Ley 25844 del 4 de diciembre del 2002.

Un caso concreto que confirma la preferencia de la aplicación de los plazos del TUO sobre el plazo regulado por la LCE es la Concesión del Reforzamiento de los Sistemas Eléctricos de Transmisión Sur. El Contrato BOOT de dicha concesión, firmado en 1999, estableció en su cláusula cuarta que su plazo sería de 32 años²³. El Contrato de Concesión Eléctrica –es decir, el contrato sectorial firmado bajo los alcances de la LCE por el cual el concesionario obtuvo los derechos eléctricos necesarios para operar la infraestructura obtenida por el Contrato BOOT–, firmado en 2002, no aplicó el plazo indefinido de la LCE sino que señaló en su cláusula tercera que el plazo de la concesión eléctrica era de 30 años²⁴, es decir, un tiempo consistente con el plazo de concesión otorgado en el Contrato BOOT. Debido a que esta concesión fue otorgada bajo los alcances del TUO, las disposiciones sectoriales eléctricas respetaron el carácter de especialidad del TUO y no dispusieron que la concesión sea indefinida sino que más bien regularon el plazo en función del máximo permitido por el TUO, por ser una norma de carácter especial.

En este contexto, cabe indicar que se debe respetar el criterio de la aplicación de la norma especial para el caso de las concesiones de construcción y explotación de infraestructura portuaria. Si la concesión se entrega bajo el procedimiento del TUO, entonces es obligatorio respetar el plazo máximo allí establecido. La aplicación del TUO como norma especial es aún más necesaria si consideramos que, a diferencia de la LCE, la LSPN no regula un plazo específico para las concesiones de construcción y explotación.

2.4.3.5 De otro lado, es importante notar que es lógico que las concesiones de construcción y explotación cuenten con un plazo máximo superior al de las concesiones de administración de infraestructura portuaria. En efecto, al igual que la prerrogativa concedida para la explotación exclusiva, los concesionarios de construcción y explotación necesitan de un plazo mayor para recuperar sus inversiones.

No es razonable que se otorgue una concesión por igual plazo a un concesionario que “construye y explota” la infraestructura y a otro concesionario que solamente la “explota” porque el primero requiere de un término mayor para recuperar su inversión y para mitigar los mayores riesgos asumidos.

Al respecto, Lourdes Trujillo y Gustavo Nombela²⁵ señalan: “en el caso de aquellas concesiones asociadas con fuertes inversiones para la remodelación de puertos existentes o la construcción de nuevas infraestructuras, la adjudicación de contratos debe realizarse condicionada a la presentación por parte de las empresas de planes de realización de la inversión (con plazos de ejecución y detalle de los proyectos a realizar). Normalmente, este tipo de concesiones sujetas a inversión deberá realizarse a plazos más largos, de forma que se garantice a las empresas privadas el tiempo suficiente para garantizar la recuperación de la inversión”. En la misma línea, Antonio Estache y Ginés de Rus²⁶ mencionan: “Las infraestructuras portuarias o las autopistas exigen duraciones más largas, ya que de otra manera sería muy difícil recuperar la inversión”.

2.4.3.6 En este orden de ideas, si el plazo máximo que se otorgara fuera el mismo para cada una de las dos modalidades de concesión (30 años), llegaríamos al absurdo que el titular de la concesión de administración cuente con un plazo mayor que el titular de una concesión de construcción y explotación para recuperar sus inversiones puesto que no descuenta de dicho plazo de 30 años el tiempo de construcción de la infraestructura.

Como se ha señalado, es absurdo aplicar un plazo máximo de 30 años a las concesiones de construcción y explotación puesto que si la etapa de construcción demoró tres años, el plazo para recuperar la inversión será sólo de 27 años. En las concesiones de administración, el concesionario sí contará íntegramente con el plazo de 30 años para explotar la concesión porque su contrato no prevé una etapa previa de construcción. Es

²³ “Cláusula 4. Salvo que se produzca la Caducidad de la Concesión antes del plazo estipulado en esta Cláusula, el plazo por el que se otorga la Concesión (‘el Plazo del Contrato BOOT’) es de treinta y dos (32) años a partir de la Fecha de Cierre”.

²⁴ “Cláusula Tercera: Salvo que se produzca la Caducidad de la Concesión antes del vencimiento del plazo estipulado en esta Cláusula, el plazo por el que se otorga la Concesión es de treinta (30) años”.

²⁵ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. pp. 139-140.

²⁶ ESTACHE, Antonio y Ginés DE RUS. Op. Cit. p. 16.

decir, sin ninguna lógica se disminuirían los derechos y prerrogativas que debe otorgar una concesión de construcción y explotación, incluso por debajo de los derechos que otorga una concesión de administración.

- 2.4.3.7 De otro lado, cabe indicar que un plazo de 60 años permite al concesionario de construcción y explotación fijar una tarifa más competitiva en el mercado, así como proponer mayores montos de inversión. Si el plazo fuera el mismo para ambas concesiones, las tarifas de la nueva infraestructura serían considerablemente superiores a las tarifas cobradas por un concesionario de administración, puesto que las primeras deben reflejar la recuperación de una inversión en construcción, mientras que las segundas no. Si el objetivo que se persigue es la construcción de un nuevo puerto que preste sus servicios con tarifas competitivas, es obvio que el plazo debe ser superior al de una concesión de administración (en donde no se construye).

Al respecto, se ha señalado que “la fijación del plazo de la concesión es importante, puesto que la mayoría de los inversionistas privados son de la idea de que mientras más largo sea el plazo, más bajo puede ser el precio global del proyecto”²⁷. En este contexto, mientras menor sea el costo total del proyecto, las tarifas serán también menores y, por lo tanto, la infraestructura portuaria será más competitiva.

- 2.2.3.8 Adicionalmente, un plazo mayor de la concesión permitirá al inversionista efectuar cabalmente todas las inversiones comprometidas dentro de la infraestructura, generando la eficiencia que se requiere en la prestación del servicio. Trujillo y Nombela²⁸ señalan: “la teoría sobre regulación económica nos indica que cuanto mayor el período de concesión, mejores serán los incentivos para la empresa concesionaria para realizar las inversiones necesarias para la explotación portuaria”.
- 2.2.3.9 Por lo señalado, es claro que el plazo máximo aplicable a las concesiones reguladas en el artículo 11 de la LSPN que involucran la

construcción y explotación de nueva infraestructura considerada en el PNDP es de 60 años.

- 2.2.3.10 Sin perjuicio de ello, una interpretación conservadora de la LSPN establecería que el plazo de duración de la etapa de construcción no estaría comprendido dentro del plazo máximo de 30 años establecido para la administración o explotación de la infraestructura. En efecto, si el plazo máximo de 30 años es fijado para la administración o explotación de una infraestructura, no estaría incluido dentro de éste el tiempo que demanda la construcción de la obra. Así, si en una determinada infraestructura la etapa de construcción dura 5 años, entonces el plazo máximo que puede concederse es de 35 años (resultado de la suma 5 años de construcción más 30 años de administración o explotación).

III. LA CONCESIÓN DEL MUELLE SUR SE ENCUENTRA BAJO LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 11 DE LA LSPN

- 3.1 Como se ha señalado, el artículo 11.1 de la LSPN y el artículo 49 inciso b) de su Reglamento, establecen que el PNDP dispondrá la construcción de nueva infraestructura portuaria dentro de una zona portuaria.

Una zona portuaria es definida por el numeral 28 de la Vigésimo Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN como el “área del territorio nacional que comprende los límites físicos de las áreas de terreno asignadas a los puertos incluyendo las áreas delimitadas por los perímetros físicos en tierra, los rompeolas, defensas, canales de acceso y las estaciones de prácticos”. De acuerdo a esta definición, el TPC califica como una zona portuaria. Por lo tanto, el PNDP puede establecer y disponer la necesidad de construir nuevas infraestructuras portuarias dentro del TPC.

- 3.2 El PNDP estableció la necesidad de la construcción de una nueva infraestructura portuaria dentro del Callao. La intención de construir y explotar esta nueva infraestructura

²⁷ AGUSTI, Filiberto (Steptoe & Johnson. LLP). “Estructuración de las transacciones de concesión BOO y BOT”. Documento inédito. En: Materiales de Enseñanza del Curso *Project Finance* de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Washington D.C. p. 7.

²⁸ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 139.

portuaria atendió a hacer más eficiente la carga y descarga de contenedores, ubicándola estratégicamente en la zona sur del TPC²⁹.

- 3.3 La construcción de una nueva terminal de contenedores, como es evidente, debe estar regulada íntegramente por los principios y disposiciones recogidos en el artículo 11 de la LSPN.

Es decir, la concesión de la nueva terminal de contenedores debe ser otorgada en los siguientes términos:

- (i) Exclusividad de la prestación de los servicios portuarios al concesionario; y,
- (ii) Plazo máximo de 60 años de concesión.

- 3.4 Los documentos integrantes del pliego licitatorio y del propio Contrato de Concesión del Muelle Sur señalan y disponen determinados aspectos básicos que enmarcan a la concesión del Muelle Sur dentro del artículo 11 de la LSPN.

Si bien es cierto que la concesión del Muelle Sur reconoce el derecho del concesionario a prestar todos los servicios portuarios en exclusividad –y no establece un régimen de competencia aplicable a las concesiones de administración–, consideramos que debió otorgarse un plazo máximo de 60 años para la vigencia de la concesión.

- 3.5 Sobre lo señalado, a continuación describimos los elementos esenciales de la concesión del Muelle Sur y, en algunos casos, exponemos determinadas sugerencias para incluir modificaciones legalmente permitidas:

- 3.5.1 Construcción de una Nueva Infraestructura

La Cláusula 2.4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el TPC-Zona Sur (“Contrato”) establece que su objeto es: “el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores-Zona Sur”.

A su vez, la Cláusula 2.6 del Contrato establece que las principales actividades o

prestaciones de la Concesión, que constituyen los derechos y obligaciones materia del Contrato, son las siguientes:

- a) La entrega y reversión de los Bienes del Concedente.
- b) La Construcción del Nuevo Terminal de Contenedores.
- c) La Ejecución de las Obras Complementarias Comunes al TPC.
- d) La Conservación del Nuevo Terminal de Contenedores.
- e) La Explotación de la Concesión.

Por lo tanto, la concesión de la Terminal Sur involucra inversiones en desarrollo, construcción, mantenimiento y explotación de una infraestructura portuaria. Es netamente una concesión de construcción y explotación.

- 3.5.2 Exclusividad en la Prestación de los Servicios Portuarios

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LSPN, la concesión del Muelle Sur otorga al concesionario la prerrogativa y el derecho a prestar todos los servicios portuarios en un régimen de exclusividad³⁰. Los servicios que serán prestados en exclusiva por el concesionario de la Terminal Sur comprenden no solamente los servicios relacionados con el monopolio natural de la infraestructura (como, por ejemplo, el uso de amarradero o el uso de muelle), sino también aquellos que podrían –en una concesión de administración– prestarse en condiciones de competencia, como, por ejemplo, la descarga y/o embarque, carga o descarga del contenedor y cualquier otro servicio que sea prestado en la Terminal Sur³¹.

- 3.5.3 Plazo

- 3.5.3.1 Sin considerar que el plazo máximo de la concesión del Muelle Sur (por ser una concesión de construcción y explotación) puede ser hasta de 60 años, el Contrato ha fijado un plazo de 30 años contados desde su firma.

Dado que la LSPN permite fijar un plazo máximo de 60 años, hubiera sido deseable

²⁹ Ver los numerales 5.3.1.4 y 5.3.2.1 del PNDP.

³⁰ Ver cláusulas 1.20.24, 1.20.38, 1.20.48, 1.20.67, 2.5, 5.4 del Contrato.

³¹ Ver cláusulas 8.12 y 8.13 del Contrato.

modificar la Cláusula 4.1 del Contrato con la finalidad de que se amplíe el plazo establecido.

3.5.3.2 En efecto, según el Plan de Promoción de la Inversión Privada del TPC, los objetivos del otorgamiento de la concesión son:

- (i) Incrementar la competitividad y eficiencia del Terminal TPC y, por ende, del país;
- (ii) Reducir los costos y sobrecostos portuarios; y,
- (iii) Mejorar la calidad de los servicios prestados y optimizar la cadena logística.

En la misma línea, la LSPN señala en su artículo 1 que “tiene por finalidad 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”.

3.5.3.3 La competitividad del TPC se obtendrá principalmente con el cobro de tarifas eficientes (lo cual incluye el monto de la tarifa y la calidad del servicio que está relacionada con la inversión efectuada en el Muelle Sur y en el TPC) que permitan a los usuarios preferir los servicios del TPC a los servicios prestados por otros puertos ubicados en la región.

3.5.3.4 Uno de los componentes del factor de competencia para la obtención de la concesión fue la tarifa que el Concesionario ofreció en el Concurso. A menor tarifa ofrecida, mayor era el puntaje otorgado a los postores en el Concurso. Asimismo, otro elemento del factor de competencia fue la Inversión Complementaria Adicional (ICA) ofrecida por el Concesionario. Un plazo de concesión de 60 años posiblemente hubiera mejorado la ICA para cumplir, con mayor eficiencia aún, los objetivos de competitividad, reducción de costos e incremento de calidad en el TPC.

3.5.3.5 Se debe recordar, respecto de las terminales de contenedores de Chile, que “las principales terminales de contenedores del

país, localizadas en los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente, se otorgaron en concesión al sector privado en agosto de 1999, por períodos de 20 y 30 años”³².

Los operadores de estas terminales obtuvieron la concesión en agosto de 1999 y empezaron a explotar la infraestructura en enero de 2000. Como es evidente, estas terminales ya estaban construidas al momento de su concesión por lo que los concesionarios no cargan a la tarifa el valor de la construcción destinado a la recuperación de su inversión en construcción. En efecto, estas tarifas están fijadas en función a una recuperación de inversión que no tiene las magnitudes de la inversión que será realizada en el Muelle Sur.

3.5.3.6 Un Estudio encargado por PROYECTO CRECER – USAID (que formó parte de la información de la que el Estado dispuso para diseñar la Concesión), señaló que “es posible obtener la inversión de riesgo en infraestructura si se dan las siguientes condiciones: Transparencia, Plazo aceptable, bajo canon, contrato entendible y simple”³³.

El plazo de 60 años es un plazo aceptable que hubiera permitido en la concesión del Muelle Sur –y que permitirá en futuras concesiones de nueva infraestructura portuaria– que PROINVERSIÓN estableciera índices tarifarios menores al límite mínimo permitido para lograr tarifas más competitivas y establecer mejores mecanismos que permitan reducir los costos y sobrecostos existentes en los puertos nacionales respecto a la operación de carga y transporte de contenedores.

3.5.3.7 Cabe señalar que, en el Perú, se han otorgado contratos de concesión de infraestructura portuaria por un plazo permisible de 60 años, antes de la vigencia de la LSPN. Por ejemplo, el Contrato de Concesión para la Explotación del Terminal Portuario de Matarani³⁴ estableció un plazo de 30 años, renovable por 30 años más, sin que su vigencia total pueda exceder los 60

³² TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 150.

³³ SGUT, Martín. Op. Cit. p. 3. Cabe indicar que este Estudio forma parte del pliego licitatorio del concurso conforme consta en el Apéndice 1 del Anexo 8 de las Bases.

³⁴ La concesión del puerto de Matarani fue otorgada en 1999, es decir, antes de la vigencia de la LSPN.

años³⁵. Si bien esta concesión involucra labores de construcción de mejoras propias de una operación eficiente, las obligaciones asumidas por el concesionario se refieren básicamente a una concesión de administración (se debe recordar que el Puerto de Matarani ya estaba construido al momento de su concesión).

El plazo concedido al concesionario le permite competir agresivamente con otros puertos de la región especializados en granos como Arica y Antofagasta. Cabe recordar, también, que el concesionario del Puerto de Matarani inició la explotación portuaria al momento de la fecha de cierre de su contrato de concesión³⁶, con lo que no descontó ningún período por etapa de construcción de la infraestructura.

3.5.3.8 A diferencia de ello, el plazo de 30 años fijado para la concesión del Muelle Sur otorgará al concesionario solamente un período de 27 años efectivos para explotar la concesión, toda vez que la etapa de construcción durará tres años³⁷.

3.5.3.9 Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, si aplicáramos la interpretación conservadora a la que nos hemos referido anteriormente, podría entenderse que el plazo de 30 años únicamente se aplica como máximo a la explotación o administración de la infraestructura y que la etapa de construcción no está incluida dentro de éste.

Por ello, una interpretación conservadora, al menos, hubiera sugerido a PROINVERSIÓN ampliar el plazo máximo de la concesión a 33 años (en vista que la etapa de construcción está prevista para un período de 3 años).

V. CONCLUSIONES

- La LSPN establece dos modalidades distintas de participación privada en infraestructura portuaria: (i) administración de infraestructura portuaria; y, (ii) desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de infraestructura portuaria.

- La administración involucra la conservación y el mantenimiento de la infraestructura portuaria ya construida, así como la explotación de los servicios portuarios y la inversión en instalaciones que permitan su operación eficiente. El desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de infraestructura portuaria comprende las labores propias de construcción de una nueva infraestructura o de rehabilitación o ampliación, así como las labores de conservación y mantenimiento y su posterior explotación. En la medida que el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación involucran un mayor grado de inversión y de asunción de riesgos por parte del inversionista privado (dado que hay que construir una nueva infraestructura), la LSPN establece un régimen diferenciado para ambas modalidades.

- En el caso de la administración de infraestructura portuaria, la prestación de servicios portuarios debe hacerse en condiciones de competencia. La LSPN señala que respecto de esta modalidad la infraestructura portuaria en "administración" no podrá entregarse al sector privado por plazos superiores a los 30 años.

- En cambio, para el caso del desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de una infraestructura portuaria, la LSPN permite al inversionista privado prestar servicios portuarios en un régimen de exclusividad (y no de competencia). La LSPN no establece un plazo máximo para este tipo de inversiones por lo que, en caso la inversión se manifieste a través de una concesión, deberá aplicarse el plazo máximo legal de 60 años establecido por las normas especiales de concesiones.

- El Muelle Sur involucra participación privada para el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de una infraestructura portuaria. Por lo tanto, le es aplicable el régimen establecido para esta modalidad. En ese sentido, el inversionista tendrá derecho a prestar en exclusiva los servicios portuarios y PROINVERSIÓN debió otorgarle un plazo contractual de 60 años.

³⁵ Cláusula 3 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.

³⁶ Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.

³⁷ Cláusula 6.15 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.