

ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PORTUARIA
CON MOTIVO DEL PROCESO DE CONCESIÓN DEL NUEVO TERMINAL
DE CONTENEDORES – ZONA SUR DEL PUERTO DEL CALLAO⁽¹⁾

MIGUEL ÁNGEL RONCEROS

Master en Derecho por The London School of Economics and Political Science.
Estudios de Especialización en Concesiones de Infraestructura - The John F. Kennedy School of Government
de la Universidad de Harvard.
Profesor de Project Finance en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad del Pacífico.

FERNANDO VIDAL LOZADA ⁽²⁾

Abogado por la Universidad de Lima

"Sin infraestructura no hay desarrollo".
Plan Nacional de Desarrollo Portuario, 2005.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Titularidad de los bienes de dominio público portuario y la autoridad competente para entregarlos en concesión.- III. Inversiones y el plazo máximo de una concesión de infraestructura portuaria.- IV. Exclusividad en la prestación de servicios portuarios.- V. Distribución al Estado y porcentajes correspondientes a la APN y a la Autoridad Marítima.- VI. Algunas consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1999 se celebró el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani³, proyecto que hasta hace muy poco constituía la única concesión portuaria otorgada en nuestro país.⁴ Ello, pese a que la modernización de infraestructura portuaria para convertir a nuestro país en un competidor atractivo en el mercado internacional era más que necesaria, debido al déficit de inversiones que adolece dicho sector.

A la fecha de culminación del presente artículo, sin embargo, el Estado Peruano y Dubai Ports World S.A. han suscrito el contrato de concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del nuevo terminal de contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Dicha concesión implicará la construcción de un terminal de contenedores que deberá contar con una longitud mínima de muelle de 600 metros, dos amarraderos, seis grúas pórtico de muelle y una capacidad mínima anual de 6'000,000 TEU⁵, estimándose que la inversión total que realizará el concesionario en este proyecto será de alrededor de US\$ 650'000,000.00.⁶

⁽¹⁾ Los autores del presente artículo han sido asesores legales externos de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) en el proceso de entrega en concesión del nuevo terminal de contenedores sur. Las expresiones vertidas por ellos en este artículo, sin embargo, en modo alguno vinculan a dicha agencia, al Estado Peruano o a la firma legal de la cual son miembros.

⁽²⁾ Agradecemos el apoyo de Romina Stocchi López-Ragada en la elaboración del presente artículo.

⁽³⁾ Con fecha 31 de mayo de 1999, Santa Fe de Puertos ganó la Buena Pro de la licitación pública especial para la entrega en concesión al sector privado del Terminal Portuario de Matarani. Posteriormente, la adjudicataria constituyó la sociedad TBLR S.A. para que actúe como concesionaria del referido puerto.

⁽⁴⁾ A modo de antecedentes, debemos recordar que, en el año 1999, se inició el proceso de concesiones de los puertos regionales del país. Sin embargo, dicho proceso fue suspendido hasta que se promulgó la nueva Ley Nacional de Puertos. No obstante, cuando en el año 2003 se publicó la Ley del Sistema Portuario Nacional (Ley 27943), tampoco se pudo retomar el referido proceso de inversión privada en puertos regionales, sino hasta la publicación del Reglamento, el cual debió establecer la titularidad de los gobiernos regionales respecto de dichos puertos. Finalmente, el Reglamento fue publicado en el año 2004.

⁽⁵⁾ TEU hace referencia a Twenty Feet Equivalent Unit, unidad de medida equivalente a un contenedor de veinte pies.

⁽⁶⁾ Conforme al texto de las bases, el monto referencial de inversión en el Terminal era de tan solo US\$ 213'500,000.00.

El proceso llevado a cabo para la entrega de esta concesión ha sido por demás exitoso. Participaron postores nacionales e internacionales de primer nivel y gran magnitud. Tres de los cuatro consorcios que presentaron propuestas económicas empataron en una primera vuelta al ofrecer las tarifas más bajas previstas por las bases y, finalmente, el postor ganador se adjudicó la Buena Pro al ofrecer una inversión adicional de US\$ 144'000,000.00 a ser destinada al desarrollo de obras comunes en el Puerto del Callao, que beneficiarán no solo al Terminal Sur, sino a todo el Puerto en general.

Como es sabido, más del 60% de los bienes comercializables en el tráfico marítimo se transportan en contenedores. En el caso de intercambio comercial entre los países altamente industrializados el porcentaje de uso de contenedores asciende a un 80%. Estos datos estadísticos nos permiten ver la notable relevancia que ha cobrado el uso de contenedores en el comercio marítimo, pese a que su utilización surgió en los años cincuenta. Estas razones nos llevan a reconocer la importancia del proyecto antes mencionado, el mismo que nos permitirá contar con un terminal de contenedores de primer nivel a efectos de insertarnos de manera competitiva en el comercio marítimo.⁵

Con el cierre de esta operación se concreta el inicio de un proceso que erróneamente venía siendo postergado durante años y que ciertamente tendrá un importante efecto positivo para el desarrollo del comercio internacional en el Perú, haciendo que nuestro país alcance mayores niveles de competitividad.

Sin embargo, este proyecto, no debe ser un esfuerzo aislado para el desarrollo de nuestra infraestructura portuaria; por el contrario, debe constituirse en un primer paso hacia el reinicio de un real proceso de modernización de nuestro sistema portuario nacional y en un hito para los futuros proyectos.

En este contexto, la figura de la concesión como mecanismo que garantiza una efectiva participación del sector privado cobra especial importancia, sobretodo si tomamos en consideración que, bajo un esquema clásico de concesión, el concesionario normalmente se compromete a cubrir los costos de inversión y los riesgos comerciales del sector. Precisamente, el objetivo del Estado al otorgar una concesión es transferir el costo de inversión del gobierno al sector privado, lo cual en el caso específico del sector portuario es más que necesario.⁶

Así como la figura de la concesión en proyectos de infraestructura portuaria es fundamental, del mismo modo la legislación que regula el sistema portuario nacional en general toma especial relevancia, ya que parte del análisis de riesgos que realiza cualquier potencial inversionista en proyectos de esta naturaleza se vincula a la claridad y seguridad que el marco legal brinda para el desarrollo del proyecto respectivo.

En nuestra experiencia, sin embargo, hemos comprobado que la actual legislación portuaria requiere una importante labor de interpretación para su aplicación, por cuanto la pobre técnica legislativa utilizada en algunas de sus disposiciones ha generado vacíos e incongruencias que deben ser subsanados por vía de interpretación.

Con relación a este último aspecto resulta pertinente citar dos de los principios que, en opinión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, debe inspirar un marco legal apropiado para proyectos de infraestructura con financiación privada a efectos de mejorar los sistemas legales.

⁵ WORLD BANK, *Port Reform Toolkit*, Washington, DC, 2001, p.21.

⁶ *Ibid.*, pp. 52-56.

En primer lugar, dicha Comisión sugiere que el marco legal correspondiente debe atender a un principio de transparencia, de modo que dicho marco legal establezca reglas claras y accesibles con procedimientos de aplicación eficientes, de modo que se brinde mayor certeza y predictibilidad a los potenciales inversionistas, así como una mayor protección respecto de posibles decisiones o medidas arbitrarias.

En segundo lugar, se requiere equidad. Esto es, que el marco legal tome en cuenta los distintos intereses de los principales actores de un proyecto de infraestructura y trate de encontrar un balance equitativo de dichos intereses.

No obstante lo anterior, con motivo del proceso de promoción en la entrega en concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, hemos detectado inconsistencias en el marco legal aplicable al sistema portuario que van desde aquellos aspectos fundamentales para una concesión, tales como la determinación de la autoridad competente para entregar concesiones y la definición de la entidad gubernamental que debe detentar la titularidad de los bienes concesionados, hasta la existencia de superposición de competencias entre distintas autoridades gubernamentales, las dudas surgidas respecto del plazo máximo de una concesión portuaria y la falta de definición sobre la distribución que debe realizarse respecto de los ingresos derivados de concesiones portuarias.

En el presente artículo identificamos solo algunos de los temas más importantes que hemos podido analizar con motivo del proceso para la entrega en concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur del Puerto del Callao y proponemos interpretaciones que de alguna manera permitirían continuar con el proceso de concesiones sin esperar una nueva reforma legal que nos lleve a otros siete años sin concesiones portuarias.⁷

II. TITULARIDAD DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO Y LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA ENTREGARLOS EN CONCESIÓN

La titularidad de los bienes de dominio público portuario y el régimen legal que les debe resultar aplicable es uno de los temas que no ha sido regulado con la claridad debida en la Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante la LSPN) y su Reglamento (en adelante el Reglamento), pese a la importancia que dicho tratamiento tiene para la viabilidad de cualquier proyecto y para las seguridades que necesariamente deben brindarse al concesionario a fin de que desarrolle el mismo.

Como es evidente, el concesionario mantiene una expectativa legítima porque los bienes que le sean entregados en concesión sean efectivamente de titularidad de la entidad concedente y que sobre dicha titularidad no penda cuestionamiento o duda alguna, pues, si existe alguna contingencia al respecto y tales bienes resultan esenciales para el desarrollo del proyecto, los riesgos de este aumentan exponencialmente y podrían tornarlo finalmente en inviable.

En el caso particular del Puerto del Callao, debe tomarse en cuenta que, con anterioridad a la dación de la LSPN, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante ENAPU) era titular de una serie de bienes y valores que, en el pasado, el Estado peruano le había adjudicado a título de aporte y dentro de los cuales se encontraban los activos de varios muelles y terminales del país, incluyendo parte del área del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur del Puerto del Callao que se encontraba concesionado. Sin embargo, en nuestra opinión, con la dación de la LSPN este régimen se ha visto modificado conforme explicamos a continuación.

El artículo 5 de la LSPN ha incorporado la noción de bienes de dominio público portuario del Estado, estableciendo que aquellos están conformados por los terrenos, inmuebles, las infraestructuras y las instalaciones, incluyendo los equipamientos especiales afectados a las actividades portuarias.

⁷ Al respecto ver nuestra segunda nota al pie de página del presente artículo.

Antes de realizar el análisis sobre los efectos del artículo 5 de la LSPN y su impacto en el régimen de los bienes que el Estado peruano aportó a ENAPU, es importante hacer una muy breve distinción conceptual entre el dominio público estatal y el dominio privado estatal, para luego identificar la dualidad de tratamientos que aparentemente existiría tomando en cuenta la situación de ENAPU antes de la dación de la LSPN.

La doctrina especializada establece que la principal diferencia entre los bienes de dominio público y los de dominio privado radica principalmente en la finalidad a la cual han sido destinados o se encuentran afectados. Así, los primeros se distinguen de aquellos pues, a diferencia de estos, se encuentran afectados al uso público o a un servicio público⁸ y, por su finalidad, son inalienables, inembargables e imprescriptibles⁹ tal como han sido acertadamente definidos en el artículo 73 de nuestra Constitución Política.¹⁰ Por su parte, los bienes de dominio privado estatal son de libre disposición y no se encuentran sujetos al régimen especial de los primeros.

Sobre la base de los conceptos antes esbozados y retomando lo dispuesto en el artículo 5 de la LSPN, entendemos que los bienes y valores que en el pasado el Estado peruano adjudicó a título de aporte a ENAPU hoy constituyen bienes estatales de dominio público portuario y, sobre esa base, es el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien debe resumir la calidad de titular de los mismos.

Adicionalmente, incluso en el hipotético supuesto que se considerase a ENAPU como titular de bienes aun cuando estos han sido calificados como de dominio público portuario por el artículo 5 de la LSPN, no podemos dejar de mencionar que por ser una empresa estatal de derecho privado, ENAPU, de cualquier forma, se encuentra legalmente impedida de ejercer atribuciones o facultades de imperio sobre dichos bienes¹¹, lo cual en definitiva la imposibilitaría de asumir, por ejemplo, la calidad de titular y concedente de aquella infraestructura de "su propiedad" que pudiera estar incluida en algún proceso de promoción de inversión privada.

En atención a lo mencionado en los párrafos anteriores, el régimen con el que contaban los bienes que componían parte del patrimonio de ENAPU resulta incompatible con lo establecido por la LSPN y, por ende, resulta imprescindible que ENAPU (o FONAFE)¹² realice los actos necesarios a fin de adecuar tal situación a lo establecido por ley.¹³

Como idea general, somos de la opinión que los activos de ENAPU que pudiesen estar comprendidos en los procesos de promoción de inversión privada de infraestructura portuaria de

⁸ El Tribunal Constitucional en los Expedientes Acumulados No. 0015-2001-AUTC, No. 0016-2001/AUTC y No. 0004-2002-AUTC, se ha pronunciado en este sentido al señalar que: "lo que hace que un bien del Estado tenga dicha condición de bien de dominio público es su afectación al servicio y uso público".

⁹ Roberto Dromi, en la Octava Edición de su publicación titulada "Derecho Administrativo" señala que el dominio público y el dominio privado presentan un régimen jurídico diferente. El primero es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que de ello se siguen. El dominio privado del Estado, en cambio, está sujeto a las reglas de la propiedad privada, salvo algunas excepciones.

¹⁰ El artículo 73 de la Constitución señala que: "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley por su aprovechamiento económico". Por su parte, el artículo 10.2 de la LSPN ha recogido lo dispuesto en nuestra Constitución, señalando expresamente que los bienes de Dominio Público Portuario, son imprescriptibles, inembargables e inalienables.

¹¹ El artículo 7 del Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada) señala que: "En ningún caso se otorgará a los entes del Estado atribuciones de gobierno o posesión de la Administración Pública, con excepción de las facultades que el Estado delega para el cobranza coercitivo de tributos" (subrayado nuestro).

¹² Mediante Ley 21710 se creó el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE con el fin de dirigir y normar el funcionamiento de las empresas en las que participa el Estado como accionista principal, entre las cuales se encuentra ENAPU.

¹³ ENAPU es una Empresa del Estado sujeta a Derecho Privado. Respecto a la infraestructura portuaria, es importante señalar que, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Legislativo 098, el objeto social de ENAPU consistió en administrar, operar, equipar y mantener las terminales y muelles fiscales de la República, sean marítimas, fluviales o lacustres.

titularidad pública deben ser previamente transferidos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como sector competente para que pueda hacerse efectiva su posterior entrega al sector privado.¹⁴

Al respecto, como resulta evidente, los inversionistas no solo buscan protecciones en contra de expropiaciones gubernamentales, sino que deben asegurar desde un inicio que los derechos que detentan sobre los activos concesionados (incluyendo derechos de propiedad sobre terrenos) puedan ser efectivamente ejercitados y que sean reconocidos y protegidos bajo el marco legal aplicable.¹⁵

Atendiendo a los problemas antes expuestos, consideramos que es fundamental que el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, reasuma su condición de titular de todos los bienes de dominio público portuario estatal, incluidos los bienes que fueron aportados al capital de ENAPU, pues, de lo contrario, en tanto dichos bienes se mantengan bajo titularidad de esta empresa del Estado y no sean desaportados de su capital, se presentará más de una dificultad para que puedan estar comprendidos en algún proceso futuro de promoción de inversión privada en infraestructura portuaria pública previsto en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario.

Es importante destacar que para lograr lo anterior no será suficiente introducir precisiones a la LSPN y/o a su Reglamento, sino que será pertinente realizar una adecuación importante de los Estatutos de ENAPU, de modo que puedan guardar coherencia con lo establecido en el nuevo marco normativo que actualmente rige en materia portuaria.

Estrechamente vinculado con esta imprecisión legal sobre la titularidad de los bienes de dominio público portuario, ha surgido más de una duda respecto del papel que correspondería asumir a la Autoridad Portuaria Nacional y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria de titularidad pública, específicamente como consecuencia de su intervención en el proceso de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur del Puerto del Callao.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 literal b) de la LSPN, una de las funciones de la Autoridad Portuaria Nacional es la de celebrar con el sector privado los compromisos contractuales que faculta la LSPN, como resultado de un concurso público, con arreglo a ley.¹⁶ En virtud de tal disposición, se podría interpretar que la Autoridad Portuaria Nacional, en calidad de encargado del Sistema Portuario Nacional, debería asumir el papel de autoridad concedente para la entrega de la infraestructura portuaria de titularidad pública al sector privado, lo cual, en nuestra opinión, sería un error.

Ciertamente la Autoridad Portuaria Nacional está expresamente facultada para suscribir los contratos con el sector privado, mas no en calidad de concedente de la infraestructura pública como se podría eventualmente pretender, sino como organismo público descentralizado adscrito al MTC encargado del Sistema Portuario Nacional.

Como mencionamos anteriormente, la titularidad de los bienes estatales de dominio público portuario la ostenta el Estado peruano, a través del MTC, que es la autoridad competente para

¹⁴ Como se dio conocimiento público, durante el proceso de otorgamiento de la concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur del Puerto del Callao, ENAPU se opuso a reconocer el nuevo régimen aplicable a los bienes comprendidos en el proyecto de concesión, lo cual retrasó sustancialmente la transferencia a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de los terrenos que formarían parte del área de la concesión. Este aspecto, que ciertamente resulta clave para la concesión, ha sido parcialmente resuelto para el caso del Nuevo Terminal de Contenedores por el Decreto Supremo No. 023-2006-MTC.

¹⁵ KERF Michal y otros, *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*, World Bank Technical Paper No. 399, The World Bank, Washington DC, 1998.

¹⁶ El artículo 48 del Reglamento reitera en forma expresa esta atribución de la APN, 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”. Sin embargo, más adelante, el mismo artículo agrega que “estas contrataciones requieren aprobación por Decreto Supremo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para entrar en vigencia”.

actuar como concedente. Esto se desprende del texto mismo del artículo 10.2 de la LSPN que señala que el mencionado Ministerio es la autoridad facultada para otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en la LSPN.¹⁷ Esta disposición de la LSPN guarda asimismo concordancia con lo dispuesto en el literal d) del artículo 4 de la Ley de Organización y Funciones del MTC, aprobada por Ley 27791, donde se establece de manera expresa que este organismo se encuentra facultado para otorgar y reconocer derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones.

Tomando como base lo anterior, resulta consecuente afirmar que, si bien la Autoridad Portuaria Nacional está facultada para suscribir los contratos de concesión que se celebren en el marco de los procesos de inversión privada en infraestructura portuaria, ello no significa que deba asumir la condición de organismo concedente, pues dicha condición la ostenta el Estado peruano, a través del MTC, de conformidad con la normativa aplicable. Ello sin perjuicio de reconocer que la Autoridad Portuaria Nacional cuenta con facultades originarias vinculadas al Contrato de Concesión que conllevan que dicha entidad participe en el contrato respectivo, aunque no en calidad de concedente.¹⁸

III. INVERSIONES Y EL PLAZO MÁXIMO DE UNA CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

Otro aspecto importante que no se encuentra debidamente regulado en la LSPN y su Reglamento es el del plazo contractual para la entrega de infraestructura portuaria de titularidad pública al sector privado.

Si bien 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 (en adelante, el TUO de Concesiones) establece en su artículo 16 el principio general según el cual el plazo máximo de una concesión es de 60 años, la LSPN aparentemente ha establecido una regla especial para el caso de concesiones de infraestructura portuaria de titularidad pública.

Sobre el particular, de conformidad con el artículo 10.3 de la LSPN la infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años, bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- (a) Asociación en Participación,
- (b) Contratos de Arrendamiento,
- (c) Contratos de Concesión,
- (d) Contratos de Riesgo Compartido,
- (e) Contratos de Gerencia,
- (f) Contratos Societarios; y,
- (g) Otras modalidades establecidas en la legislación.

En este orden de ideas, para las modalidades antes descritas –incluida la concesión– pareciera que la LSPN ha querido establecer una regla particular de acuerdo a la cual estas solo podrán tener

¹⁷ El artículo 10.2 establece expresamente lo siguiente: "(...) De conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y con arreglo a los procesos y procedimientos establecidos por la Ley aplicable a los Aportes del Estado y el fomento de la inversión privada, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por Decreto Supremo, y en relación con las competencias que la presente Ley otorga a las autoridades portuarias nacionales y regionales, podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en esta Ley".

¹⁸ Al respecto debe considerarse los problemas que esta estructura puede generar al concesionario, quien además de tener como contraparte al concedente contará con dos supervisores de un mismo contrato, algunos veces con competencias en conflicto, de un lado el OSITRAN y del otro a la Autoridad Portuaria Nacional.

un plazo máximo de 30 años. No obstante, es importante mencionar que el Reglamento de la LSPN introduce una regulación que genera dudas respecto del plazo máximo efectivo de una concesión portuaria.

En efecto, de acuerdo al artículo 50 del Reglamento de la LSPN, los contratos que se celebren con el sector privado para la administración de infraestructura portuaria pueden ser prorrogados hasta por 30 años adicionales, debiendo establecerse las condiciones de prórroga en las bases de la Licitación Pública y en el contrato correspondiente.

Como puede apreciarse, existe una aparente incongruencia entre lo dispuesto en la LSPN y su Reglamento, pues de un lado tenemos a la LSPN que señala claramente que el plazo para entregarle en administración al sector privado infraestructura portuaria no puede ser mayor de 30 años y, de otro lado, al Reglamento que consagra una prórroga de dicho plazo por un periodo igual, con lo cual el plazo máximo para entregar en administración infraestructura portuaria pública podría llegar hasta 60 años conforme lo prevé la norma general de concesiones.

En nuestra opinión, existen hasta dos interpretaciones posibles a fin de determinar el plazo máximo para la entrega al sector privado de infraestructura portuaria pública.

Por una primera interpretación, podría sostenerse que lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento de la LSPN no complementa y/o precisa lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LSPN; por el contrario, excede sus alcances y contraviene su texto abiertamente. Bajo esta posición, el texto del artículo 10.3 de la LSPN no admitiría discusión cuando establece que la infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años, con lo cual excluiría expresamente cualquier posibilidad de prórroga de dicho plazo.

Podríamos afirmar que esta interpretación se asienta en el principio de jerarquía de las normas, dado que un reglamento (aprobado por decreto supremo) no puede exceder, contravenir o vulnerar lo dispuesto en una ley o una norma con rango de ley. Justamente, sobre la base de dicho principio, la prórroga consagrada en el artículo 50 del Reglamento de la LSPN sería ilegal y no tendría efecto alguno a fin de determinar los plazos de vigencia aplicables en los contratos que tengan por objeto la entrega de infraestructura portuaria al sector privado, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 10 de la LSPN.¹⁹

No obstante ello, en nuestra opinión cabe una segunda interpretación, bajo la cual el plazo máximo establecido en el artículo 10.3 de la LSPN no sería aplicable a los compromisos contractuales suscritos al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 de la LSPN (más específicamente a los del artículo 11.3), en tanto este artículo regularía un supuesto distinto al que se plantea en el artículo 10.

Según esta interpretación, el artículo 10 regularía la entrega en administración al sector privado de Infraestructura Portuaria Preexistente, y, por su parte, el artículo 11 regularía todo lo referido a inversión privada en Infraestructura Portuaria Nueva.

En este orden de ideas, en virtud de esta lectura de la norma, el plazo máximo de 30 años establecido en el artículo 10.3 de la LSPN solo sería aplicable para los contratos cuyo objeto sea la entrega en administración de infraestructura portuaria de titularidad pública preexistente; mientras que los contratos que versen sobre infraestructura portuaria a la fecha inexistente (es decir,

¹⁹ Con relación a lo mencionado, se debe tomar en cuenta lo mencionado por Marcial Rubio Correa, en su libro *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, en el sentido que: "[...] la validez de las normas jurídicas subordinadas queda sujeta a que se conformen a no con el mandato superior en fondo y en forma. En fondo, porque no se puede edictar que norma inferior contradiga a la superior; y en forma, porque [...] ninguna norma inferior puede dolo de cavado las formalidades que ella establece para su aprobación y vigencia".

Infraestructura Portuaria Nueva) –donde estén comprendidas principalmente las etapas de construcción, implementación y equipamiento– no se encontrarían limitados por el plazo de 30 años, en tanto el artículo 11 de la LSPN, a diferencia del 10.3, no precisa un plazo máximo. En este sentido, para el caso de concesiones portuarias resultaría aplicable de manera supletoria el plazo máximo de 60 años establecido en el TUO de concesiones.

Consideramos que esta segunda interpretación es la más adecuada, sin perjuicio de admitir que dicha posición no resulta indiscutible. En tal virtud, nuestra opinión es que una concesión que eventualmente se otorgue por un plazo mayor al de 30 años podría ser cuestionada en perjuicio del concesionario y del propio Estado y, por tanto, consideramos que en tanto no se modifique y/o precise la LSPN, el Estado debería asumir una posición conservadora y no otorgar concesiones por plazos mayores a 30 años.

Cabe asimismo indicar que la interpretación acogida por nosotros en esta sección trae aparejado también un segundo problema, cual es que ni la LSPN ni el Reglamento precisan qué se entiende por Infraestructura Portuaria Preexistente o por Infraestructura Portuaria Nueva, concepto que es desarrollado en mayor detalle cuando abordemos el tema de la exclusividad en la prestación de servicios portuarios.

IV. EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LSPN, la regla general es que la entrega en administración de infraestructura portuaria al sector privado no puede implicar que se otorgue el uso exclusivo de dicha infraestructura para la prestación de servicios que deban brindarse en libre competencia. La explotación económica de la infraestructura en tales casos no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a las facilidades portuarias que estos últimos requieren necesariamente para proveer sus servicios.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la LSPN ha previsto una excepción a esta regla de “no exclusividad” en materia portuaria cuando se convoca al sector privado para el desarrollo de una infraestructura portuaria nueva.²⁰ En efecto, el artículo 11.3 de la LSPN señala que la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales pueden celebrar contratos 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 que se desarrolle, construya y equipe, por cuenta y riesgo del inversionista, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá aplicar la ejecución y/o prestación exclusiva²¹ de las actividades y servicios portuarios.²²

²⁰ De acuerdo con la Vigésima Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN, “la Infraestructura Portuaria está constituida por los Obros civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes, construidas o ubicadas en los puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal. Está constituido por:

- a) Acceso Acuático: Canales, zonas de aproximación, obras de abrigo o defensa tales como rompeolas y esclusas y instalaciones náuticas.
- b) Zonas de transferencia de carga y tránsito de pasajeros: Muelles, diques, dársenas, áreas de almacenamiento, boyas de amarre, tuberías subacuáticas, ductos, plataformas y muelles flotantes.
- c) Acceso Terrestre: Vías interiores de circulación y áreas firmes que permitan la interconexión directa e inmediata con el sistema nacional de circulación vial”.

²¹ Respecto de la posibilidad que el Estado establezca excepciones a la aplicación de las normas sobre libre competencia, la doctrina señala que ello resultaría viable –fundamentalmente– en mercados donde existen monopolios naturales o altamente concentrados, en los cuales el Estado prefiere la regulación a la libre actuación de los fuerzas del mercado, cuando se estima que estas no producirán resultados adecuados.

²² El artículo 11.3 señala textualmente lo siguiente: “La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, 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 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 y/o prestación exclusiva de actividades y servicios portuarios”.

De lo anterior podemos concluir que para que el Estado peruano pueda otorgar el derecho de prestar en exclusiva los servicios portuarios dentro de una infraestructura portuaria pública, necesariamente esta deberá tener la calidad de "nueva". El problema se presenta cuando queremos determinar en qué supuestos nos encontramos frente a infraestructura portuaria nueva y en cuáles no, sobretodo tomando en consideración que la mayoría de los proyectos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria previstos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario cuentan siempre con infraestructura preexistente que sirve, al menos, como área de respaldo para el inicio de las obras.

Ciertamente, ni la LSPN ni el Reglamento definen qué debe entenderse por "infraestructura portuaria nueva" y precisamente esta omisión ha generado, por ejemplo, que haya habido más de una controversia respecto de si el Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur del Puerto del Callao, recientemente concesionado bajo un esquema de prestación exclusiva de los servicios a favor del privado, constituye infraestructura portuaria nueva, a la luz de lo dispuesto en el artículo 11 de la LSPN.

Sobre este último caso, para resolver el tema es necesario recurrir a la Vigésimo Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN, la misma que define a los "Terminales Portuarios" como *"unidades operativas de un puerto, habilitadas para proporcionar intercambio modal y servicios portuarios; incluyen la infraestructura, las áreas de depósito transitorio y las vías internas de transporte"*.

En virtud de esta definición, es claro que los terminales portuarios son unidades operativas, es decir, módulos indivisibles de infraestructura y, por ende, la preexistencia de una infraestructura menor (área de respaldo) carente de utilidad operativa –que únicamente serviría para el inicio de las obras– no podía despojar al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur de su calidad de "infraestructura portuaria nueva", pues eso finalmente constituiría un despropósito jurídico.

Sobre la base de esta experiencia, consideramos importante para efectos de mayor certeza precisar la LSPN a través de una reglamentación que defina claramente los conceptos, de modo que, en la línea de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LSPN, sean considerados como proyectos de "infraestructura portuaria nueva" aquellos comprendidos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario que impliquen la implementación de alguna unidad operativa inexistente a la fecha y que, consecuentemente, los servicios portuarios que se brinden en dicha infraestructura puedan ser ejecutados de manera exclusiva por el futuro concesionario.

V. RETRIBUCIÓN AL ESTADO Y PORCENTAJES CORRESPONDIENTES A LA APN Y A LA AUTORIDAD MARÍTIMA

Finalmente, otro inconveniente identificado en la LSPN y su Reglamento es el de la indefinición e incertidumbre de los porcentajes que han sido creados a favor de la Autoridad Portuaria Nacional y la Autoridad Marítima.

Sobre el particular, la Décimo Quinta Disposición Transitoria y Final de la LSPN precisa lo siguiente:

"En todos los compromisos contractuales que se celebren en el marco del artículo 11 de la presente Ley se establecerá un porcentaje, no menor del 3%, para ser invertido por la Autoridad Portuaria Nacional en el Sistema Portuario Nacional en función de los requerimientos del Plan Nacional de Desarrollo Portuario, de los gastos operativos de la Autoridad Portuaria Nacional, y del Fondo de Compensación del Desarrollo Portuario, que se organiza en el Reglamento de la presente Ley. Otro porcentaje, que será definido en el reglamento, será transferido a la Autoridad Marítima para el cumplimiento de sus

respectivas competencias en la defensa, seguridad y protección ambiental en las aguas jurisdiccionales del país" (el resaltado y subrayado es nuestro).

La primera pregunta que un inversionista podría hacerse luego de leer la disposición citada es cuál sería la base de cálculo que debería tomar como referencia para definir el primer porcentaje (no menor de 3%) que corresponderá a la Autoridad Portuaria Nacional. Desafortunadamente, ni la LSPN ni el Reglamento lo precisan. Ante esta imprecisión de la norma, surgen hasta tres posibilidades para ser consideradas como base de cálculo:

- i. Aplicar el porcentaje (no menor de 3%) sobre el compromiso de inversión del privado;
- ii. Aplicar el porcentaje (no menor de 3%) sobre la retribución o aporte a favor del Estado peruano, en caso la modalidad de participación del privado sea onerosa, o;
- iii. Aplicar el porcentaje (no menor de 3%) sobre los ingresos que podría percibir el inversionista para recuperar su inversión.

Conceptualmente todas estas posibilidades son viables y, ciertamente, podrían precisarse en uno u otro compromiso contractual; sin embargo, tomando en consideración que la inversión es un elemento bastante fluctuante y de difícil determinación en proyectos de gran envergadura como son los de infraestructura portuaria, nos inclinamos por considerar que el porcentaje a ser invertido por la Autoridad Portuaria Nacional debe aplicarse sobre la retribución que recibiría el Estado peruano (en caso la modalidad de concesión sea onerosa) o, en su defecto, sobre los ingresos que pudiera obtener el inversionista como consecuencia de la explotación de dicha infraestructura.

Esta interpretación se encontraría además reforzada por lo dispuesto en el artículo 26, literal b) de la LSPN, el cual establece que constituyen recursos de la Autoridad Portuaria Nacional "(...) los porcentajes que le corresponde de los ingresos de los recursos provenientes de los compromisos contractuales suscritos con el sector privado".

De otro lado, la Décimo Quinta Disposición Transitoria de la LSPN creó otro porcentaje –supuestamente a ser definido en el Reglamento– para que sea transferido a la Autoridad Marítima para el cumplimiento de sus respectivas competencias en la defensa, seguridad y protección ambiental en las aguas jurisdiccionales del país. No obstante, el Reglamento ha señalado en su Décimo Disposición Transitoria y Final que el porcentaje de la Autoridad Marítima sería definido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dentro del plazo de un año de promulgado el Reglamento.

Sobre el particular, es importante destacar que hace más de un año que se ha promulgado el Reglamento y a la fecha de este artículo no hemos tomado conocimiento del establecimiento del porcentaje que corresponderá a la Autoridad Marítima.

La definición de este porcentaje correspondiente a la Autoridad Marítima, así como la determinación de la base de cálculo para precisar el porcentaje que invertiría la Autoridad portuaria Nacional en el Sistema Portuario Nacional son muy importantes antes de llevar adelante cualquier proceso de promoción de inversión privada en puertos, pues les otorga a los potenciales inversionistas certidumbre y seguridad respecto de los pagos que tendrían que afectar a favor de las autoridades competentes del Estado peruano. En tal sentido, consideramos que es necesario y conveniente que estos temas se precisen por medio de una norma reglamentaria.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Conforme se ha mencionado en el presente artículo, el uso de contenedores en el comercio marítimo internacional ha crecido de manera significativa en las últimas décadas. De hecho, las estadísticas demuestran que más del 60% de los bienes comercializables en el tráfico marítimo se transportan en contenedores.

En este contexto, la reciente concesión otorgada para el nuevo terminal de contenedores se constituye en uno de los proyectos de infraestructura más importantes para el desarrollo de nuestro país y en un gran reinicio del proceso de modernización del sistema portuario nacional.

Las concesiones no constituyen el único (ni el mejor) mecanismo de incorporación del sector privado para la modernización del sistema portuario nacional, pudiendo utilizarse también otras fórmulas tales como contratos de gerenciamiento, de operación, arrendamiento, entre otros. Sin embargo, las concesiones constituyen el mecanismo ideal para aquellos casos en los que se requiere una fuerte inyección de capital privado para la construcción y/o rehabilitación de infraestructura portuaria.

El presente artículo no agota la lista de temas de la LSPN que requieren interpretación y/o modificaciones legislativas para el mayor desarrollo de concesiones portuarias, sin perjuicio de ello, recoge algunos breves alcances de aspectos específicos y de especial relevancia para la viabilidad de los proyectos portuarios que, bajo la modalidad de concesiones de infraestructura, puedan otorgarse en el futuro.