

# Las formas de inversión en infraestructura portuaria pública y privada en el Perú

Víctor Adrián Arroyo Tocto\*

*El artículo nos brinda un panorama de la normativa vigente que regula la inversión en infraestructura portuaria en nuestro país. Se desarrollan una serie de conceptos importantes para la comprensión del sistema portuario nacional, para luego pasar a una revisión de las distintas formas de inversión en infraestructura portuaria pública, así como del procedimiento de inversión en infraestructura portuaria privada.*

## INTRODUCCIÓN

Alrededor del 70% de las mercancías a nivel mundial se transporta por vía marítima. Este hecho requiere que al interior de los países se cuente con infraestructura portuaria adecuada, moderna y eficiente que garantice a todos los actores involucrados en el negocio naviero portuario la realización de sus actividades de forma celer y segura.

El Perú, como es conocido, no cuenta con infraestructura portuaria de ese nivel, siendo más bien un país deficitario de la misma, siendo la brecha de inversión en ese rubro ascendente a 695 millones de dólares.

Esa cifra resulta preocupante no solo porque el Estado carece de los recursos suficientes para cubrirlos en su integridad, sino porque dicho monto con seguridad se incrementará a lo largo de los años, no sólo respecto del sector portuario, sino también en los demás sectores de la economía que requieren adecuada infraestructura que garantice el desarrollo del país.

Como resulta lógico, la carencia de infraestructura de calidad repercute negativamente en nuestra competitividad como país. Así pues, de acuerdo al Global Competitiveness Report del Banco Mundial, en el año 2001 el Perú alcanzó un puntaje de 3.2 en cuanto a su calidad de infraestructura, lo cual le valió para ubicarse en el puesto 56 a nivel mundial. Posteriormente, en el año 2005 nuestro puntaje se redujo a 2.5, razón por la cual caímos al puesto 97 de 117 países. La cosa no ha ido mejor para el año 2008, pues de 134 países obtuvimos un puntaje de 2.53 y hemos descendido al puesto 110.

Una sola conclusión se puede advertir de estas cifras: se requiere de una gran y urgente inversión en infraestructura en general y en infraestructura portuaria en particular, debiendo provenir dichos recursos en mayor medida del sector privado y subsidiariamente del público, esto en razón del modelo económico adoptado por nuestro país.

Ahora bien, la forma de generar y atraer esos recursos requiere la existencia de un marco legal que promueva y aliente la inversión en infraestructura, sin dejar de lado una visión de futuro que garantice que dicha inversión se efectúe de manera planificada y ordenada.

En lo que al ámbito portuario se refiere, dicho marco legal lo constituye la Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante LSPN), Ley N° 27943<sup>1</sup>, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2004-MTC<sup>2</sup> y el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (en lo sucesivo PNDP), aprobado por Decreto Supremo N° 006-2005-MTC<sup>3</sup>, con la Autoridad Portuaria Nacional (en lo que sigue, APN), como institución técnica especializada en materia portuaria, dependiente de las políticas expedidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC). Este conjunto normativo y de instituciones ha pasado a ser denominado por dicha Ley como el Sistema Portuario Nacional.

## CUESTIONES PREVIAS

Antes de ingresar al tema central del presente artículo, se requiere previamente hacer mención a algunos conceptos esenciales y explicar la manera cómo se clasifican los puertos y terminales portuarios.

\* Abogado con Postítulo en Derecho Público PUCP. Asistente Legal de la Autoridad Portuaria Nacional.

1 Modificada por la Ley N° 28583 y el Decreto Legislativo N° 1022.

2 Modificado por Decretos Supremos N° 010-2005-MTC, N° 014-2005-MTC, N° 016-2006-MTC, N° 041-2007-MTC y N° 027-2008-MTC

3 Modificado por los Decretos Supremos N° 011-2008-MTC, N° 014-2008-MTC, N° 046-2008-MTC y N° 004-2009-MTC.

## Definiciones necesarias

La LSPN, y en general, la normativa que regula el ámbito portuario, contiene una variedad terminológica que para muchos puede resultar novísima y hasta confusa; sin embargo, resulta necesario comprenderla y manejarla con sumo cuidado y propiedad a fin de poder utilizarla adecuadamente.

En ese sentido, a continuación desarrollaremos los conceptos que a nuestro criterio resultan ser clave a efectos de tener una idea clara de la materia que el presente artículo pretende abordar. Para ello tendremos como base las definiciones contenidas en la vigésimo sexta disposición transitoria y final de la LSPN: puerto, infraestructura portuaria y terminal portuario.

Puerto, tal como lo establece el glosario de términos de la LSPN es **la localidad geográfica y unidad económica de una localidad** donde se ubican los terminales, infraestructuras e instalaciones terrestres y acuáticos, naturales o artificiales, acondicionados para el desarrollo de actividades portuarias.

Esto significa que en un determinado espacio puede haber una variedad de elementos vinculados al quehacer portuario (terminales, infraestructuras, instalaciones, entre otros), sin embargo, si todos ellos guardan interrelación constante e interdependencia económica, entonces dicho espacio deberá considerarse como puerto.

Por su lado, infraestructura portuaria es definida por la LSPN como el **conjunto de obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas y electrónicas, fijas y flotantes, construidas o ubicadas en los puertos, para facilitar el transporte y el intercambio modal**. Está constituida por:

**Acceso Acuático:** Canales, zonas de aproximación, obras de abrigo o defensa tales como rompeolas y esclusas y señalizaciones náuticas.

**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.

**Acceso Terrestre:** Vías interiores de circulación y líneas férreas que permitan la interconexión directa e inmediata con el sistema nacional de circulación vial.

De lo anterior se advierte que: a) Toda infraestructura portuaria se encuentra al interior de un puerto, y, b) El concepto de infraestructura portuaria comprende una diversidad de elementos tanto en el ámbito marítimo y terrestre.

En puridad es respecto de la infraestructura portuaria que se efectúa la inversión pública o privada.

Por otro lado, terminal portuario es definido como la **unidad operativa de un puerto, habilitada para proporcionar intercambio modal y servicios portuarios**<sup>4</sup>, incluyendo la infraestructura, las áreas de depósito transitorio y las vías internas de transporte.

De acuerdo con este concepto, un terminal portuario, además de formar parte de un puerto y de estar incorporado en el concepto infraestructura portuaria, es el lugar en donde propiamente se realizan las actividades propias del negocio marítimo portuario y donde se prestan los servicios portuarios.

## Clasificación de los puertos y terminales portuarios establecida en la LSPN

La LSPN ha estimado por conveniente efectuar la clasificación de los puertos y terminales portuarios de la República. Así, de acuerdo al Artículo 6° de dicha norma ellos se clasifican por su titularidad, uso, alcance y ubicación.

### a) Clasificación por la titularidad

Por la titularidad, los puertos y terminales portuarios pueden clasificarse en privados o públicos. Serán privados cuando la infraestructura e instalaciones sean de propiedad de los particulares y públicos cuando dichos bienes sean de propiedad del Estado.

En relación a la titularidad pública cabe señalar que esta idea se vincula con el concepto de dominio público, el cual es de carácter genérico, habiendo creado la LSPN una especie denominada dominio público portuario. Este último, de acuerdo al Artículo 5° de la LSPN, se encuentra constituido por terrenos, inmuebles, infraestructuras y equipamiento afectados a actividades portuarias.

La referida propiedad del Estado recae sobre dos instituciones: el MTC o los Gobiernos Regionales, tal como lo ha establecido el segundo párrafo del antes mencionado Artículo 5° de la LSPN:

«Como resulta lógico, la carencia de infraestructura de calidad repercute negativamente en nuestra competitividad como país»

4 La Vigésimo Sexta Disposiciones Transitorias y Finales de Ley del Sistema Portuario Nacional define a los servicios portuarios como aquellos que se prestan en las zonas portuarias, para atender a las naves, a la carga, embarque y desembarque de personas.

“La titularidad de los bienes de dominio público portuario corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el caso de los puertos nacionales; y a los Gobiernos Regionales que correspondan, en el caso de los puertos regionales.”

Lo anterior sirve para dejar claramente establecido que dichas instituciones (MTC y Gobierno Regional) son las únicas titulares de la infraestructura portuaria pública, por lo que ninguna otra dependencia puede arrogarse dicha atribución.

En este punto es oportuno referirse al rol que desempeña Empresa Nacional de Puertos ENAPU en torno a los puertos y terminales del Estado. Dicha empresa, según lo establece el Artículo 20° de la LSPN, es el administrador portuario que desarrolla actividades y servicios portuarios en los puertos de titularidad pública, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 098. Este Decreto Legislativo regula que:

- ENAPU es una empresa de propiedad exclusiva del Estado sujeta al régimen de las personas jurídicas de derecho privado y organizada como sociedad mercantil.
- Su objeto social es la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles marítimos, fluviales o lacustres, así como su construcción en caso de ser autorizada.
- Entre sus activos se encuentran los terminales portuarios de titularidad pública, así como otros bienes destinados a la actividad portuaria.

De acuerdo con ello, ENAPU era el titular de los terminales portuarios públicos y demás bienes destinados al uso portuario. Sin embargo, este escenario cambió con la expedición de la LSPN, la cual, como se dijo, establece que el dominio público portuario no es más de titularidad de ENAPU, sino del MTC y de los Gobiernos Regionales.

En relación con lo anterior, es pertinente mencionar lo que la vigésimo novena disposición transitoria y final de la LSPN señala:

**“Vigésimo Novena.-** La transferencia de todos **los bienes de dominio público portuario** que hubiesen sido aportados a la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) para el cumplimiento de sus fines y que se encuentren comprendidos en algún proceso de promoción de inversión privada en infraestructura portuaria comprendida en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, **deberá formalizarse a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o de los Gobiernos Regionales, según corresponda**, para efectos de su eventual entrega en administración al sector privado.

ENAPU deberá adecuar sus estatutos a las disposiciones de la presente Ley.” (Resaltado nuestro)

En virtud de esta norma, la transferencia de titularidad a favor del MTC y de los Gobiernos Regionales se ha efectuado de manera automática por el sólo mérito de la expedición de la LSPN, por lo tanto, lo que sea posterior a ella, como por ejemplo la actualización de los registros públicos de propiedad, constituirá sólo la formalización de dicha transferencia.

## b) Clasificación por el uso

Los puertos y terminales portuarios pueden ser de uso general o público y de uso exclusivo o privado. Serán de uso general o uso público cuando exista obligación de ponerlos a disposición de cualquier solicitante y serán de uso exclusivo o de uso privado cuando se destinan al uso particular.

El uso privado de puertos y terminales portuarios merece un comentario adicional. En primer término, este uso no debe ser entendido en sentido estricto, pues de acuerdo al Artículo 19° del Reglamento de la LSPN, el uso exclusivo o uso privado no sólo incluye la utilización de la infraestructura por parte del titular del puerto, sino también por sus empresas vinculadas.

De otro lado, el puerto de uso privado también puede brindar sus servicios a terceros no vinculados, lo cual se encuentra sujeto a limitaciones normativas. Así, de acuerdo al Artículo 19° antes mencionado, los puertos de uso privado podrán ofrecer sus servicios a terceros no vinculados, servicios que no estarán sujetos a regímenes tarifarios o de accesos, siempre que se respeten los derechos de los usuarios.

Otra limitación impuesta es la relacionada con la cantidad de carga que se puede movilizar. Sobre el particular, el Artículo 20° del Reglamento de la LSPN señala que un puerto de uso privado sólo podrá movilizar carga de terceros siempre que no exceda del 75% del volumen anual de carga movilizada en la instalación portuaria. Ahora bien, si se excede dicho porcentaje, la APN solicitará a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI opinión técnica respecto de la existencia de competencia entre los puertos de uso público y los puertos de uso privado en la zona de influencia comercial.

Si se llega a determinar que no existe competencia, el titular del puerto privado, durante el resto del ejercicio, no podrá cobrar precios mayores a aquellos que por los mismos servicios son cobrados en los puertos de uso público en su zona de influencia comercial. Por el contrario, si se llega a establecer que existe competencia, se liberalizarán los servicios prestados en los puertos públicos durante el ejercicio

tributario. La referida liberalización se da debido a que un escenario de competencia no amerita regulación tarifaria, mientras que en uno distinto, ello sí es justificable.

### c) Clasificación por el alcance

De acuerdo al alcance, el Artículo 6° de la LSPN señala que los puertos y terminales portuarios pueden ser nacionales y regionales. Cabe señalar que dicho artículo también establece que los puertos y terminales portuarios de alcance nacional son de competencia exclusiva de la APN, mientras que los de alcance regional son de competencia de la Autoridad Portuaria Regional, respectiva.

Ahora bien, es necesario señalar en qué casos nos encontraremos frente a un puerto o terminal portuario de alcance nacional o regional. Anteriormente habíamos señalado que entre un terminal portuario y un puerto existe una relación de parte y todo. Atendiendo a esto, la LSPN establece que basta con que en un puerto exista un terminal portuario de titularidad y uso público que cumpla con los criterios para ser considerado como nacional, para que dicho puerto sea considerado también como de alcance nacional. Por consiguiente, si al interior de un puerto no existe un terminal portuario de alcance nacional, entonces, el puerto será considerado de alcance regional.

Los criterios técnicos a utilizarse para determinar lo anterior se encuentran regulados en el Artículo 21° del Reglamento de la LSPN. De este modo, un terminal portuario será nacional si:

- i) Está orientado principalmente a facilitar el transporte internacional de carga, pasajeros o correo, y/o cuyo movimiento comercial esté orientado principalmente al turismo y comercio exterior;
- ii) Sus operaciones tiene influencia en el movimiento económico de más de una región; y,
- iii) Integra un sistema intermodal o multimodal de transporte vinculado a un proyecto de integración bi-regional, multi-regional, macro-regional, binacional o continental.

Por su lado, un terminal portuario será regional si:

- i. Esté orientado principalmente a facilitar el transporte de carga pasajeros y correo a nivel nacional, y tenga influencia básicamente en el movimiento económico de una Región:

- ii. No alcanza todos y cada uno de los requisitos para ser clasificados como nacionales.

Es importante señalar que en aplicación de estos criterios, el PNDP ha clasificado a los puertos y terminales portuarios de la República según su alcance (Ver Tabla 5.11).

### d) Clasificación por su ubicación

Esta es una clasificación que no presenta mayor inconveniente. En ese sentido, los puertos y terminales portuarios, por su ubicación, pueden ser marítimos, fluviales o lacustres, sea que se encuentren en el mar, río o lago, respectivamente.

## FORMAS DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PÚBLICA

El rol del PNDP en la inversión en infraestructura portuaria pública

El PNDP, tal como lo establece el Artículo 4° Numeral 1 de la LSPN, es un documento técnico normativo elaborado por la APN, teniendo como objetivos orientar, impulsar, ordenar, planificar y coordinar el desarrollo, modernización, competitividad y sostenibilidad del Sistema Portuario Nacional. El PNDP es aprobado por decreto supremo del MTC en el marco de la política del Sector Transportes y Comunicaciones, a propuesta de la APN.

De lo señalado, se tiene que el PNDP es el documento que contiene toda la estrategia del Estado peruano en lo que a materia portuaria se refiere. Asimismo, su naturaleza normativa se deriva justamente porque el mismo es aprobado mediante decreto supremo.

En relación a la elaboración del PNDP se debe manifestar que el mismo tiene como base los planes maestros<sup>5</sup> elaborados tanto por la APN como por las Autoridades Portuarias Regionales, respecto de los terminales portuarios de titularidad y uso público ubicados en el ámbito de sus respectivas competencias.

Ahora bien, debe quedar claro que dado que el PNDP articula la estrategia portuaria a nivel nacional, ningún interés privado lo podrá transgredir, es decir, cualquier proyecto de desarrollo portuario de un puerto privado no podrá trasgredir los lineamientos contenidos en el PNDP. Debido a ello, la LSPN ha dispuesto claramente en el Artículo 4.2 que los actos administrativos, autorizaciones, proyectos, ac-

5 Los Planes Maestros son documentos que se elaboran tanto para puertos públicos y privados. Así, de acuerdo al artículo 12 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, dichos Planes son instrumentos donde se delimitan las áreas acuáticas y terrestres comprometidas en el desarrollo del puerto o terminal portuario y las futuras que serán requeridas. Dichos Planes son flexibles para adecuarse rápidamente a las necesidades del mercado nacional e internacional y contendrán: Un plan territorial donde se especifique el uso actual y futuro de las áreas acuáticas y terrestres del puerto o terminal portuario. La información y/o documentación respecto al movimiento estimado de carga y perspectiva de atención de naves.

tividades, inversiones y la celebración de contratos en general, deberán tener concordancia con los lineamientos y estrategias señaladas en el PNDP. A partir de ello, cualquier acto administrativo o proyecto de inversión que se oponga a lo establecido en el PNDP, deberá ser dejado de lado, salvo que dicho Plan sea modificado.

Pasando a otro punto, merece destacarse lo que el legislador ha regulado en el Artículo 11° Párrafo 11.1 de la LSPN:

**“Artículo 11°.- Inversiones en infraestructura portuaria.**

11.1 Los proyectos de inversión en infraestructura portuaria nueva de titularidad y uso público **deben encontrarse previstos en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario.** (...)” (Resaltado nuestro)

Esta norma establece que cualquier intención de inversión en infraestructura portuaria requerirá que se encuentre previamente contemplada en el PNDP, ello con el propósito de que el desarrollo portuario se realice de manera ordenada y programática. Esta norma alcanza a todo tipo de inversión, sea que se realice con recursos públicos o privados.

Pese a la claridad de lo dicho, es el mismo Estado, representado por el Congreso de la República y por otras instituciones con iniciativa legislativa, el que ha promovido en más de una oportunidad una serie de proyectos de ley referidos al desarrollo de infraestructura portuaria pública, los cuales, al margen de cualquier intención que se encuentren tras ellos, se han caracterizado por carecer del suficiente sustento técnico y, lo que es más grave, han pretendido dejar de lado el importante rol que el PNDP juega en el desarrollo de infraestructura

portuaria pública. Ejemplos de esos proyectos de ley son los siguientes:

- Proyecto de Ley N° 14640/2005-CR que declara de necesidad y utilidad pública la inversión en infraestructura y equipamiento en el Terminal Portuario de Ilo.
- Proyecto de Ley N° 14239/2005-CR, que declara de necesidad pública y de preferente interés nacional la ejecución del Mega Terminal y Corredor Bioceánico Isla San Lorenzo - Callao - Lima - Pucallpa.
- Proyecto de Ley N° 13264/2004-GR por el cual se declara de necesidad y utilidad pública la construcción de un megapuerto en el departamento de Tacna.
- Proyecto de Ley N° 2368/2007-GL que declara a Paita como ciudad puerto interoceánica.<sup>6</sup>
- Proyecto de Ley N° 1648/2007-CR, Ley de fortalecimiento de la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU).<sup>7</sup>
- Proyecto de Ley N° 2232/2007-CR Ley de modernización y transferencia de la titularidad del puerto de Paita al Gobierno Regional de Piura.<sup>8</sup>
- Proyecto de Ley N° 1862/2007-CR que declara de interés y necesidad pública la construcción de la faja transportadora hermética temporal de minerales del Callao

Estas iniciativas legislativas tienen como común denominador desconocer que la inversión y el desarrollo de la infraestructura portuaria pública

6 Proyecto de Ley N° 2368/2007-GL

“Artículo 9°.- Del Proyecto Integral del Terminal Portuario Paita

El Consorcio Portuario de Paita tiene como finalidad desarrollar el puerto hub continental del pacífico sur, especializado en contenedores, para cargas sobre todo de perecibles, pesqueras y graneleras (...)”

“Artículo 10°.- Prioridad de inversiones en la modernización portuaria

Declarase como necesidad pública y prioridad de inversiones en el presente ejercicio fiscal:

10.1 La adquisición e instalación por ENAPU en Paita de una grúa pórtico de muelle y de los equipamientos complementarios indispensables.”

“Artículo 11°.- Convocatoria a socio estratégico para muelle especializado en contenedores y de competencia continental

Autorízase al Consorcio Portuario Paita a convocar a un socio estratégico privado de primer nivel mundial, para la construcción en los próximos dos años, de un nuevo muelle especializado en contenedores, con sus respectivas áreas de respaldo. Este nuevo muelle especializado es parte integrante del puerto público, en la zona declarada por el Plan Urbano como zona portuaria, y en condiciones de competencia con los puertos del área de influencia continental.”

7 Proyecto de Ley N° 1648/2007-CR

“Artículo 6°.- Declarar de necesidad y utilidad pública el desarrollo y modernización del Terminal Portuario del Callao. Para tal efecto, autorízase (sic) a ENAPU S.A. a realizar las inversiones que se requieran, las que serán definidas por el Directorio de la Empresa.”

8 Proyecto de Ley N° 2232/2007-CR

“Artículo 3°.- Suspéndase la privatización del puerto de Paita y la entrega de sus terminales a operadores privados en cualquiera de las modalidades de venta o concesión, hasta que se efectúe la transferencia de titularidad a favor del Gobierno Regional de Piura.”

“Artículo 4°.- Declárese la intangibilidad de la infraestructura portuaria y la prohibición de entrega de sus terminales a operados privados en cualquiera de sus modalidad de venta o concesión, conservándose asimismo la forma íntegra de la Empresa Nacional de Puertos S.A.”

se desarrollan siempre que se encuentren previstas en el PNDP. Asimismo, ellas dejan en entredicho el rol de la APN como el organismo encargado del Sistema Portuario Nacional. Propuestas de ley como esas, como resulta obvio, deben dejarse de lado.

### La inversión en infraestructura portuaria pública con fondos públicos

Como se adelantó, una de las formas de impulsar el desarrollo de infraestructura portuaria pública es a través de la utilización de recursos públicos, los cuales, según lo establece el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 102-2007-EF, Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública, son aquellos recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las entidades del Sector Público. Este es un tema que bien podría abordarse en otro lugar; sin embargo, baste con decir que la normativa que resulta aplicable es aquella que regula el Sistema Nacional de Inversión Pública.

### La inversión en infraestructura portuaria pública con fondos privados

*La inversión en infraestructura portuaria pública con fondos privados como consecuencia de iniciativa pública*

Nos encontraremos en este supuesto cuando el mismo Estado sea el que tenga interés en hacer partícipe al sector privado en el desarrollo de una infraestructura portuaria de titularidad pública, es decir, el Estado es el que convoca la participación de los particulares en un determinado proyecto portuario. Los aspectos más relevantes de esta materia son los siguientes:

Competencia para llevar a cabo los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria pública

Sobre el particular se debe prestar atención a lo establecido en el Artículo 11 Numeral 1 de la LSPN, así como en el Artículo 48° del Reglamento de la LSPN:

**“Artículo 11°.- Inversiones en infraestructura portuaria.**

11.1 (...) La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales cuentan con el apoyo del organismo competente encargado de la promoción nacional de la inversión privada.”

**“Artículo 48°.-** La Autoridad Portuaria Nacional y las Regionales conducirán los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria de titularidad pública. Para la ejecución de dichos procesos, la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales debe-

rán celebrar con la Agencia de Promoción de la Inversión Privada -PROINVERSIÓN- convenios de cooperación.

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. Las Autoridades Portuarias Regionales son las entidades competentes para conducir los procesos referidos en este artículo en los puertos y/o terminales de ámbito regional que se encuentren bajo su jurisdicción.”

De acuerdo con estas normas se desprende lo siguiente:

- La APN y las Autoridades Portuarias Regionales son las instituciones competentes para conducir los procesos de la promoción de la inversión privada en los puertos de su competencia.
- Para esos efectos, la APN y la Autoridades Portuarias Regionales están obligadas a contar con el apoyo de PROINVERSIÓN.

Ahora bien, debe señalarse que la LSPN ni su Reglamento constituyen un plexo normativo que contenga una regulación completa en materia de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria pública. Debido a ello, será necesario recurrir a dos normas que por su afinidad con la materia resultan ser pertinentes: 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 público, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

*Tipo de infraestructura pública respecto del cual se lleva a cabo los procesos de promoción de la inversión privada*

De acuerdo con el Párrafo 10.2 del Artículo 10 de la LSPN, tanto el MTC como los gobiernos regionales pueden entregar la administración de una infraestructura al sector privado. Sin embargo, ello sólo se efectúa, de conformidad con el párrafo 10.5, cuando se esté frente al desarrollo de infraestructura portuaria nueva, la ampliación, modernización y/o equipamiento de infraestructura portuaria existente y/o mejora sustancial de ésta. Pese a la diversidad de términos, la LSPN sólo desarrolla lo que ha de entenderse por infraestructura portuaria nueva. Así, de acuerdo al Párrafo 11.3 del Artículo 11 de la LSPN, nos encontraremos en este caso cuando:

- Se lleve a cabo la construcción de infraestructura portuaria anteriormente inexistente.
- Se implementen mejoras a la infraestructura

existente que aumente la capacidad operativa de un terminal en un porcentaje mayor al 50%.

- La inversión comprometida supere el 50% o más el último valor de mercado disponible de la infraestructura a ser administrada.

Somos de la opinión que hubiese bastado con que la LSPN haya hecho mención al término “infraestructura portuaria nueva”, por cuanto cualquier ampliación o modernización de ésta, siempre implicará inversión en elementos que antes no estaban presentes, lo cual es suficiente para considerarlos también como nuevos.

*Las modalidades contractuales a suscribirse con el sector privado*

Los procesos de promoción de la inversión privada concluirán con la suscripción de un contrato con el particular adjudicatario de la buena pro. Cabe precisar que en materia portuaria la concesión no es el único título habilitante para que un privado lleve a cabo la administración de infraestructura portuaria pública. En efecto, tal como lo establece el numeral 10.3 de la LSPN, la infraestructura portuaria podrá ser entregada en administración al sector privado en cualquiera de las siguientes modalidades:

- Asociación en participación
- Contratos de arrendamiento
- Contratos de concesión
- Contratos de riesgo compartido
- Contratos de gerencia
- Contratos societarios
- Otras modalidades reguladas en la legislación vigente

No obstante la variedad de posibilidades, la concesión resulta ser la forma más atractiva para la inversión privada y es la que más arraigo tiene en nuestro país. Cabe tener en cuenta que las otras formas de administración portuaria mencionadas resultan ser más apropiadas para realidades distintas a la peruana, caracterizada por ser deficitaria de infraestructura.

*La prestación de servicios esenciales de manera exclusiva*

Sobre el particular, el Párrafo 10.2 del Artículo 10 de la LSPN establece como regla general que la entrega en administración de una infraestructura portuaria pública se efectuará sin uso exclusivo por la prestación de servicios portuarios esenciales. Estos servicios son los que se encuentran recogidos en el Anexo 2 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por la Resolución N° 034-2001-CD/OSITRAN, posteriormente modificado por las Resoluciones N° 014-2003-CD-OSITRAN, N° 054-2005-CD-OSITRAN y N° 006-2009-CD-OSITRAN:

- Estiba y desestiba<sup>9</sup>
- Transferencia o tracción de carga
- Practicaje<sup>10</sup>
- Remolcaje
- Amarre y desamarre
- Embarque y descarga de la carga
- Abastecimiento de combustible a las naves

Los servicios mencionados no podrán ser brindados exclusivamente por un administrador portuario que haya obtenido esta calidad en el marco de un proceso de promoción de la inversión privada. Por consiguiente, aquél deberá dar las facilidades para que sus competidores (usuarios intermedios) puedan acceder a la infraestructura portuaria a efectos de que puedan prestar sus servicios.

Ahora bien, esta regla tiene una excepción y es la que se encuentra recogida en la parte final del referido párrafo 10.2, concordado con el Párrafo 11.3 del Artículo 11 de la LSPN, consistente en la posibilidad de otorgar la prestación de los referidos servicios de manera exclusiva, lo que debe ser evaluado por la Autoridad Portuaria competente.

**«(...) cualquier acto administrativo o proyecto de inversión que se oponga a lo establecido en el PNDP, deberá ser dejado de lado, salvo que dicho Plan sea modificado»**

9 Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Trabajo Portuario, Decreto Supremo N° 013-2004-TR Artículo 5.- Alcance del Trabajo Portuario.- El trabajo portuario se realiza dentro del área operativa de cada puerto, por especialidades y siguiendo las instrucciones del empleador. Comprende las operaciones siguientes:

5.1 Estiba o carga.- Colocación conveniente en forma ordenada de la carga a bordo de la nave de acuerdo a las instrucciones proporcionadas por el Empleador.

5.2 Desestiba o descarga.- El retiro conveniente y en forma ordenada de la carga que se encuentra a bordo de una nave según las instrucciones del Empleador.

10 Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres, Decreto Supremo N° 028 DE/MGP

D-050101 El practicaje consiste en las tareas que realiza a bordo de las naves el personal especializado y autorizado para asesorar al capitán en maniobras y reglamentaciones náuticas, circunstancia que no afectará a las atribuciones y responsabilidades del capitán, quien conservará en todo momento el mando de su nave.

La condición para otorgar esa exclusividad es que el particular se encargue de desarrollar una infraestructura portuaria nueva, en los términos mencionados en las líneas precedentes. Asimismo, esa prerrogativa deberá pactarse expresamente en los contratos que se suscriban con el sector privado.

### El contenido de los contratos

Llegados a esta parte corresponde abordar las características más resaltantes que ostentan los contratos a suscribirse con el sector privado para la administración de infraestructura portuaria pública:

La duración de los contratos será por un plazo no mayor a 30 años, según el Artículo 10.3 de la LSPN. A diferencia de ésta última, el Artículo 16° del Decreto Supremo N° 059-2006-PCM señala un plazo de 60 años, ante lo cual debe primar la LSPN por criterio de especialidad.

Resulta conveniente señalar que el Reglamento de la LSPN contiene en su Artículo 50° una norma que merece ser comentada:

**“Artículo 50°.-** Los contratos que se celebren con el sector privado para la administración de infraestructura portuaria podrán ser prorrogados hasta por 30 (treinta) años adicionales, debiendo establecerse las condiciones de prórroga en las bases de la Licitación Pública y en el contrato correspondiente.” Este artículo establece, de manera contraria a lo regulado en la LSPN, que los contratos que se suscriban con el sector privado pueden extenderse hasta por un plazo de 30 años adicionales, por lo que en total un privado podría llegar a administrar una infraestructura portuaria pública hasta por 60 años. Como podrá advertirse, este dispositivo legal debe inaplicarse por contravenir una norma de superior jerarquía.

- Pueden incluir convenios de estabilidad tributaria.
- Contienen estándares sobre sistemas de calidad en materia portuaria.
- Deben promover y proteger la libre competencia.
- Deben contener la programación de inversiones, régimen tarifario y los servicios que el administrador está permitido de brindar.
- Deben preverse penalidades, responsabilidades adecuadamente delimitadas, infracciones y posibilidad de ceder la posición contractual del contrato.

- Contienen causales de revisión del contrato.
- Establecen garantías para la capacitación y seguridad del trabajador portuario.
- Contienen disposiciones para la protección del medio ambiente.
- Prevén medidas para la salvaguarda de los derechos de los usuarios.
- De ser el caso, regulan la prestación de servicios esenciales en exclusividad.
- El incumplimiento de los compromisos de inversión es una causal de resolución de los contratos

### **La inversión en infraestructura portuaria pública con fondos privados como consecuencia de iniciativa privada**

En el apartado anterior nos hemos referido al supuesto en que el Estado convoca al sector privado a participar en el desarrollo y ejecución de un proyecto portuario concebido por el mismo.

En cambio, en este momento abordaremos el caso en que el mismo particular es el que concibe un proyecto de infraestructura portuaria y solicita al Estado le permita invertir en él. Esta modalidad de inversión se encontraba regulada por la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM. Si bien esas normas contemplaban varios aspectos relevantes, consideramos importante referirnos a las instituciones que, de acuerdo a ellas, eran las competentes para conocer dichas iniciativas.

Así, según el Artículo 4 Literal b) del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, el encargado del trámite de la iniciativa era PROINVERSION, para los proyectos de alcance nacional, y los gobiernos regionales y locales, para los de alcance regional o gobierno local.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo que el Artículo 4° Decreto Supremo N° 016-2006-MTC, mediante el cual se modificó el Reglamento de la LSPN, establecía:

#### **“Artículo 4°.- Iniciativas privadas**

Para el tratamiento de la promoción de la inversión privada que involucre proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de alcance nacional en materia portuaria, que se produzca como consecuencia de la iniciativa privada, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento, aprobado

mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, las facultades que en dicha norma corresponden al Organismo Promotor de la Inversión Privada Nacional se ejercen a través de la Autoridad Portuaria Nacional, la que conducirá el proceso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional.”

Esta norma fue posteriormente recogida, pero con mayor claridad, en la vigésimo octava disposición complementaria y final de la LSPN, incorporada por el Decreto Legislativo N° 1022:

**“Vigésimo Octava.-** Para el tratamiento de la promoción de la inversión privada que involucre proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en materia portuaria, que se produzca como consecuencia de la iniciativa privada, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, las facultades que en dicha norma corresponden al Organismo Promotor de la Inversión Privada Nacional se ejercen a través de la Autoridad Portuaria Nacional en el caso de puertos nacionales y de las Autoridades Portuarias Regionales en el caso de puertos regionales, las que conducirán los procesos, de conformidad con lo dispuesto en la presente. Al respecto, los procesos referidos en la presente disposición, se adecuarán a la estructura orgánica de la Autoridad Portuaria correspondiente.”

De acuerdo con esta última, únicamente en lo que a proyectos de infraestructura portuaria pública se refiere, las instituciones que serán consideradas como Organismos Promotores de la Inversión Privada eran la APN y las Autoridades Portuarias Regionales, en los puertos de alcance nacional y regional, respectivamente.

Ahora bien, como es de conocimiento, el marco legal que reguló el tratamiento de iniciativas privadas sufrió variaciones a partir de la expedición del Decreto Legislativo N° 1012 “Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, normas que vuelven a señalar que la competencia para el trámite de iniciativas privadas recaen sobre PROINVERSION y gobiernos regionales y locales.

Pese al cambio normativo efectuado, consideramos que la competencia de las Autoridades Portuarias para el conocimiento de las iniciativas privadas aún se mantiene, pues la relación existente entre el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, y la vigésimo octava disposición complementaria y final de la LSPN, no es una de antinomia normativa, sino de género a especie, siendo los primeros las normas generales y la segunda la especial.

Las iniciativas privadas concluirán de ser el caso con la suscripción de un contrato con el proponente, el cual contendrá las mismas características y estipulaciones previstas en el apartado anterior.

#### LA INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PRIVADA

Como se señaló en líneas atrás, los puertos y terminales portuarios no sólo pueden ser de titularidad del Estado, sino también de titularidad privada, correspondiendo el dominio a los particulares. En relación a este punto se debe precisar que las personas privadas sólo serán propietarias de las edificaciones que lleven a cabo, mas no así del área acuática y franja ribereña en las que se encuentren, dado que éstos forman parte integrante del Dominio Público, caracterizado por ser inalienable, de conformidad con el Artículo 73° de la Constitución.<sup>11</sup>

Habiendo dejado establecido lo anterior, corresponde referirse a los procedimientos que debe seguir toda persona que desee contar con un puerto de titularidad privada. Ellos se encuentran contemplados en la LSPN y su Reglamento, siendo los siguientes: autorización de uso de área acuática y franja ribereña, habilitación portuaria y licencia portuaria. Cabe señalar que estos procedimientos sólo son aplicables a los puertos de titularidad privada, mas no así a los de titularidad pública, tal como lo dispone el Párrafo 29.3 del Artículo 29° del Reglamento de la LSPN.

#### “Subcapítulo V

Autorizaciones, habilitaciones y licencias portuarias

**Artículo 29°.- Autorizaciones de uso de áreas acuáticas y franjas ribereñas, habilitaciones portuarias y licencias portuarias.**

(...)

29.3 Las disposiciones del presente Subcapítulo no son de aplicación a los terminales portuarios de titularidad y uso público.”

11 Constitución Política del Perú Artículo 73°.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

El procedimiento de autorización de uso de área acuática y franja ribereña

El procedimiento de autorización de uso de área acuática y franja ribereña es el acto administrativo mediante el cual el administrado solicita al Estado se le otorgue una determinada área acuática para efectos de desarrollar una infraestructura portuaria.

En lo que respecta al trámite, las instituciones competentes para el conocer de la solicitud serán la APN, las Autoridades Portuarias Regionales y el MTC, las cuales, de acuerdo al Artículo 8° de la LSPN, evaluarán la idoneidad técnica de lo peticionado y, además, su conformidad con los lineamientos de Política Portuaria Nacional<sup>12</sup> y con el PNDP.

Luego de esta evaluación, la Autoridad Portuaria competente deberá emitir un informe técnico aprobado por el Directorio de la entidad respecto del otorgamiento de la solicitud. Posteriormente, dicho informe será remitido al MTC para efectos de que se emita la resolución correspondiente.

La autorización de uso de área acuática puede ser de dos tipos: temporal o definitiva.

La autorización temporal, según el Artículo 8° de la LSPN, permite a su titular realizar estudios para la futura construcción de infraestructura portuaria. Por su lado, el Artículo 30° del Reglamento de la LSPN señala que esta autorización permite llevar a cabo obras e instalaciones de cualquier tipo o para labores afines que, por su naturaleza, tengan carácter transitorio. Esta autorización se otorga por un periodo de 2 años, renovable por 1 año más.

En relación a la autorización definitiva, ella se otorga por un periodo de 30 años, los cuales no son renovables. Cabe señalar que un paso previo obligatorio para el otorgamiento de la autorización definitiva es que previamente se haya otorgado la temporal.

Dejando a salvo las diferencias señaladas, las siguientes son las similitudes existentes entre las autorizaciones temporales y definitivas:

Ambas permiten que el particular pueda obtener servidumbres temporales.

Las dos dan el derecho al uso de la franja ribereña, la cual se puede otorgar hasta los 50 metros contados a partir de la línea de más alta marea. Sobre este punto es importante señalar que si bien la referida cifra no ha sido contemplada ni en la LSPN ni en su Reglamento, sí lo está en el Artículo B-010102 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres, Decreto Supremo N° 028 DE/MGP, norma de aplicación supletoria.<sup>13</sup>

Ambas obligan al pago de un derecho vigencia. Los montos a pagar por ese concepto se encuentran contemplados en el Decreto Supremo N° 041-2007-MTC.

Ambas se pueden transferir, gravar o ceder previa autorización del MTC.

### La habilitación y licencia portuaria

Con posterioridad a la obtención de la autorización definitiva el administrado deberá solicitar la habilitación portuaria, la cual, según el Artículo 9° de la LSPN, es la autorización para el inicio de obras de construcción, modificación o ampliación del puerto.

La autoridad con facultades para el otorgamiento de la habilitación portuaria será la Autoridad Portuaria que resulte competente. Una vez otorgada la habilitación el particular tiene un plazo de dos años para poder iniciar las obras, de acuerdo al Artículo 40° del Reglamento de la LSPN.

Una vez culminada la obra, la Autoridad Portuaria verificará que ella cumpla con lo establecido en el Expediente Técnico y, de ser esto conforme, procederá a otorgar la licencia portuaria, la cual permitirá

«Cabe precisar que en materia portuaria la concesión no es el único título habilitante para que un privado lleve a cabo la administración de infraestructura portuaria pública»

12 Los lineamientos de Política Portuaria Nacional se encuentran previstos en el artículo 3 de la LSPN.

13 Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres, Decreto Supremo N° 028 DE/MGPB-010103 Para efectos de la aplicación del Reglamento, la franja ribereña de 50 metros contados a partir de la línea de más alta marea será considerada área acuática, correspondiéndole a la Autoridad Marítima otorgar derechos de uso de terrenos situados en dicha franja, para la construcción e instalación de malecones u otras obras de uso público, turístico o recreativo, así como las dedicadas exclusivamente a actividades relacionadas con el uso del mar, tales como astilleros, varaderos, marinas, muelles o dedicadas a la explotación de recursos, para lo cual se seguirá el mismo procedimiento establecido en el artículo anterior. Los derechos de uso no deberán obstaculizar el acceso, uso y libre tránsito por las playas públicas

que el particular empiece a operar. Es pertinente señalar que desde este momento el administrado será considerado, para todos los efectos legales, como administrador portuario. La licencia portuaria se otorgará hasta por un lapso que no exceda el vencimiento de plazo de la autorización definitiva.

## CONCLUSIONES

1. Puerto, infraestructura y terminal portuario son conceptos distintos. En puridad la inversión con fondos públicos o privados se efectúa respecto de la infraestructura portuaria.
2. Los puertos y terminales portuarios pueden clasificarse según su titularidad, uso, alcance y ubicación.
3. El PNDP es el documento técnico normativo encargado de la planificación portuaria a nivel nacional. En razón de ello, la inversión privada o pública en infraestructura portuaria pública deberá necesariamente estar contemplada en el PNDP antes de ser llevada a cabo. Ningún interés privado podrá vulnerar la planificación contenida en el PNDP.
4. La inversión en infraestructura portuaria puede ser:

- 4.1 Inversión en infraestructura portuaria pública con fondos públicos.

Esta modalidad se regula bajo las normas que rigen el Sistema Nacional de Inversión Pública.

- 4.2 Inversión en infraestructura portuaria pública con fondos privados como producto de iniciativa pública
  - La entidad competente para conducir los procesos de promoción de la inversión privada es la Autoridad Portuaria competente, debiendo contar con el apoyo de PROINVERSION.
  - La normativa aplicable es la LSPN, su Reglamento, 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 público, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

- El proceso de promoción de la inversión privada se efectuará para el desarrollo de infraestructura portuaria nueva, la ampliación modernización y/o equipamiento de infraestructura portuaria existente y/o mejora sustancial de ésta.
- El referido proceso concluirá con la suscripción de un contrato de concesión mediante el cual se le facultará al ganador de la buena pro a administrar un terminal portuario público, así como a realizar las inversiones necesarias.
- Los contratos a suscribirse pueden prever la prestación exclusiva de servicios esenciales por parte del administrador portuario.

- 4.3 Inversión en infraestructura portuaria pública con fondos privados como producto de iniciativa privada.

- Sobre el particular, las instituciones competentes para dar trámite a la iniciativa privada son las Autoridades Portuarias. Las iniciativas privadas concluirán de ser el caso con la suscripción de un contrato con el proponente, el cual contendrá las mismas características y estipulaciones previstas en el apartado anterior.

- 4.4 Inversión en infraestructura portuaria privada con fondos privados

- Para efectos de que un particular pueda ser administrador de un terminal portuario privado, deberá seguir los procedimientos de autorización de uso de área acuática, habilitación portuaria y licencia portuaria, uno inmediatamente después del otro. Estos procedimientos no son aplicables para el caso de inversión en infraestructura portuaria pública. CA