

Régimen Legal de las Tarifas de Servicios Portuarios: Diseño Institucional y Concesiones

Gerardo Soto Carrillo¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Diseño Institucional. 2.1. Marco General: El problema del diseño regulatorio y credibilidad del concedente. 2.2. Los Contratos-Ley en el ordenamiento jurídico peruano. 2.3. Los Organismos Reguladores. 2.4. El diseño institucional específico respecto de las Concesiones Portuarias. 2.5. Los contratos de concesiones portuarias autosostenibles. 2.6. III. Las Tarifas de los Contratos de Concesión: Origen y Desarrollo. 3.1. Las licitaciones como mecanismo de generación de contratos de concesión. 3.2. Las tarifas y precios en la regulación portuaria. 3.3. Las tarifas y precios en los contratos de concesión portuaria. 3.4. El mecanismo tarifario price cap o regulación por precios tope. 3.5. Servicios especiales. 3.6. Caso excepcional de regulación tarifaria en puertos de titularidad privada. IV. A manera de Conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Concesiones Portuarias; Tarifas y Precios; Concesiones Autosostenibles; Regulación de Servicios Públicos.

KEY WORDS

Port Concessions; Rates and Prices; Self-sustainable Concessions; Public Services Regulations.

RESUMEN

En las siguientes líneas, el autor nos explica el régimen legal de las tarifas sujetas a concesiones portuarias otorgados bajo la Ley del Sistema Portuario Nacional, así como algunos antecedentes relevantes que ayudan a explicar y comprender este régimen y su aplicación.

ABSTRACT

In the following lines, the author explains the legal regime of the rates subject to port concessions granted under the Law of the National Port System, as well as some relevant background that help explain and understand this regime and its application.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Especialista en Derecho Regulatorio y Derecho Administrativo.

I. Introducción

El 1 de marzo de 2003 se publicó la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante, la “LSPN”) que establece el modelo actual y las disposiciones más importantes sobre el desarrollo de puertos y servicios portuarios en el Perú.

Bajo su vigencia el Estado peruano ha otorgado diversas concesiones portuarias a empresas privadas, para lo cual ha suscrito contratos de concesión que incorporan la regulación tarifaria de los servicios concesionados².

En el presente trabajo se describirá el régimen legal de las tarifas sujetas a concesiones portuarias otorgados bajo la LSPN, así como algunos antecedentes relevantes que ayudan a explicar y comprender este régimen. Debido al carácter eminentemente tarifario del análisis, no se incluyen concesiones cofinanciadas por el Estado, las cuales pueden tener características particulares. Nuestro marco incluye, entonces, las concesiones autosostenibles.

La LSPN regula también los títulos habilitantes para instalaciones portuarias de uso privado, régimen que no se tratará en este trabajo, salvo el caso específico establecido en la normativa, en el cual este tipo de instalaciones pueda estar sujeto a regulación tarifaria.

Mediante Decreto Supremo 3-2004-MTC, publicado el 04 febrero del 2004, se aprobó el reglamento de la mencionada ley (en adelante, el “RLSPN”).

II. Diseño institucional

II.1. Marco general: el problema del diseño regulatorio y credibilidad del concedente

Desde los años de las privatizaciones de las industrias de infraestructuras de servicios públicos en América Latina, principalmente en la década de los noventa del siglo pasado, se desarrollaron estudios, derivados de las teorías de economía positiva de la regulación, sobre el diseño institucional de los países a efectos de atraer la inversión privada en estas industrias que son intensivas en capital y en la que muchas de ellas incluyen costos hundidos.

De esta manera, a partir de la necesidad de establecer seguridad jurídica a las inversiones y dotar de cierta flexibilidad para la adaptación a los cambios de mercado o de tecnología³, diversos países han establecido marcos legales que conforman el ambiente institucional bajo el que todos los agentes involucrados –estatales y privados- interactúan. Desde la perspectiva del comportamiento de los privados se establecen normalmente incentivos regulatorios, y desde la perspectiva de la actuación de las entidades estatales el marco normativo-institucional genera lo que ha sido denominado como *regulatory governance*, entendida ésta tal como lo señalan LEVY y SPILLER:

² Existe una concesión portuaria otorgada de manera previa a la LSPN; para el terminal de Matarani. Este artículo no se refiere a dicha Concesión.

³ Cfr. ABDALÁ, Manuel Ángel “Instituciones, contratos y regulación de Infraestructura en Argentina” CEDI Working Paper 15, 1998.

To understand countries' abilities to commit to particular regulatory processes and institutions, we find useful to look at regulation as a "design" problem with two components: regulatory governance and regulatory incentives. The government structure incorporates the mechanisms a society uses to restrain the discretionary scope of regulators and to resolve the conflicts to which restraints give rise.⁴

Siguiendo a los mencionados autores, la dotación institucional (*institutional endowment*) de cada país está compuesta de cinco elementos: (i) instituciones legislativas y ejecutivas (mecanismos para designar legisladores, para aprobar e implementar leyes y regulaciones), (ii) instituciones judiciales (mecanismos para designación de jueces y la estructura judicial interna para resolver imparcialmente las controversias entre privados o entre privados y el Estado), (iii) costumbres y reglas informales aceptadas que restringen la actuación de los agentes, (iv) el carácter de los intereses sociales opuestos y el equilibrio entre ellos y (v) las capacidades administrativas del país.⁵⁶

Las características de la dotación institucional de un país determinarán cuáles son las mejores herramientas para el diseño del entorno en el que se desarrollará la actividad sujeta a regulación, de forma tal que se genere un equilibrio entre la seguridad al inversionista y la necesidad de adaptación, monitoreo, imposición de sanciones etc.; que a su vez determinará la prestación de un servicio adecuado a los usuarios.⁷⁸

Parte del complejo sistema de diseño institucional la constituyen los contratos de concesión. Este tipo de contratos tiene un muy amplio desarrollo en el Derecho Administrativo, no obstante, a efectos de este trabajo, resulta pertinente resaltar que en los procesos de promoción de la inversión privada muchas de las reglas fundamentales de la actividad se encuentran en los contratos de concesión en el entendido que las cortes pueden hacer cumplir los contratos, situación que para el inversionista sería más incierta en los casos en que las cortes deban revisar las decisiones administrativas sin la cobertura de un contrato.

Sobre los casos en América Latina se ha señalado:

⁴ LEVY, Brian y Pablo SPILLER "A framework for resolving the regulatory problem" En: *Regulations, Institutions, and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications*" Brian Levy y Pablo Spiller (editores) Cambridge University Press, 1996 p. 4.

⁵ Op cit., loc. cit.

⁶ Sobre la perspectiva institucional de la regulación se ha señalado: "Institutionalist theorists center on the notion that institutional structure and arrangements, as well as social processes, significantly shape regulation –that there is more driving regulatory developments than mere aggregations of individuals' preferences. Individual actors are seen by institutionalists as influenced by institutional procedures, principles, expectations, and norms that are encountered in cultural and historical frameworks. Regulation is thus seen as shaped not so much by notions of the public interest or competitive bargaining between different private interests but by institutional arrangements and rules (legal and other). Forces acting within regulatory bodies are thus emphasized more strongly within institutionalism than in, say, interest theories." BALDWIN, Robert y Martin CAVE "Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice" Oxford, 1999 p. 27 Desde una perspectiva más amplia Cfr. JORDANA, Jacint y David LEVI-FAUR "The politics of regulation in the age of governance" En: "The Politics of Regulation Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance" Jacint Jordana y David Levi-Faur (editores) Edward Elgar Publishing, 2004 p. 1 - 28.

⁷ Cfr. KERF, Michael, R. David GRAY, Timothy IRWIN, Céline LEVESQUE y Robert R. TAYLOR "Concessions for infrastructure. A guide to their design and award" World Bank Technical Paper 399, 1998 p. 128 y ss.

⁸ GALLARDO hizo una evaluación de la dotación institucional en Perú. Cfr. GALLARDO, José "Privatización de los Monopolios Naturales en el Perú: Economía Política, Análisis Institucional y Desempeño" Documento de Trabajo 188, Departamento de Economía, PUCP, 2000 p. 48 y ss.

The popularity of concessions is easily explained by the fact that they allowed a relatively easy handling of constitutional, legal or political constraints on privatizations. With concessions, governments could, for instance, argue that they were not selling the assets of the country and hence bypass legal or constitutional constraints and reduce the criticisms of reforms by anti-privatization segments of civil society. These concession contracts also became the main regulatory instrument, while the main mandate of the regulators established as part of the reform process was to monitor compliance with these contracts. The more specific the content of the contracts on all parties' obligations, the clearer the mandate of the regulators. In most cases, these contracts cover a wide spectrum of regulatory issues as regulatory regimes and tariff design.⁹

Particularmente se resalta la función de este tipo de contratos de asegurar el cumplimiento del Estado, el cual normalmente se había venido desempeñando bajo una estructura de instrucciones verticales sustentadas en su *ius imperium*. Los contratos de concesión modernos forman parte de las instituciones generadas, entre otras funciones, para reducir el riesgo de incumplimientos estatales. Ello debido a que si el marco regulatorio sólo se establece a nivel normativo, el Estado puede variar dicho marco normativo una vez que se han instalado los activos de infraestructura por parte de empresas privadas, a efectos de reducir el retorno de las mismas, con efectos económicos, políticos o de cualquier otra índole. Este tipo de actuaciones son denominadas como *conducta oportunista*.

Los riesgos políticos y regulatorios han sido clasificados por FERRO como: (i) riesgos políticos tradicionales, que incluyen expropiaciones ex-post, acciones que fuerzan a los propietarios a abandonar el proyecto, actos de oportunismo, etc. (ii) riesgos regulatorios, que incluyen cambio de reglas cuando el proyecto se encuentra en ejecución o la ausencia de decisiones importantes para el desarrollo de la actividad, y (iii) riesgos de incumplimiento por entidades estatales. Señala que “[u]na vez que el inversor hundió recursos, se convierte en un rehén del gobierno huésped.”¹⁰ La conducta oportunista no implica solamente la expropiación plena de los activos o actividades del concesionario, sino también incluye mecanismos más sutiles que modifican de forma sustantiva las reglas bajo las cuales se otorgó la concesión¹¹.

Bajo esta perspectiva, los contratos de concesión incentivan el compromiso de las instituciones estatales respecto de los derechos de las empresas concesionarias. En relación a ello se ha señalado:

⁹ ESTACHE, Antonio, José Luis GUASCH y Lourdes TRUJILLO “Price Caps, Efficiency Payoffs, and Infrastructure Contract Renegotiation in Latin America” World Bank, Policy Research Working Paper 3129, 2003 p. 4.

¹⁰ FERRO, Gustavo “Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura” Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Universidad Argentina de la Empresa, marzo 2001 p. 7 - 8

¹¹ Expropriation of the firm's sunk assets, however, does not mean that the government takes over the operation of the company, but rather that it sets operating conditions that just compensate for the firm's operating costs and the return on its non-specific assets. Such returns will provide sufficient ex post incentives for the firm to operate, but not to invest. Indeed, sunk assets expropriation has been more prevalent in the developing world than direct utility takeovers or expropriation without compensation. While the government may uphold and protect traditionally conceived property rights, it may still capture the utilities' quasi-rents via regulatory decision-making, what is commonly called “indirect expropriation” in international law. By setting prices, investment or quality requirements, taxes and the like, the state may limit the ability of the utility to recover its sunk investments, while still granting it enough cash flow to cover its variable operating costs. The government, in this way, obtains political support from relatively low prices and the maintenance of service, albeit with diminished incentives to invest and expand and in continuous conflicts with the utility.” SPILLER, Pablo T. y Mariano TOMMASI “The Institutions of Regulation: An Application to Public Utilities” p. 7 - 8

Because the basic contractual problem in utilities is related to the inability of governments to commit themselves to a regulatory framework once it has been put in place, several countries have embedded the regulatory framework in formal contracts. These contracts take the form of operating licenses that specify the regulatory framework in which the firm operate. The license stipulates the regulatory process to be applied, and if the government deviates from that process, the courts step in. In parliamentary systems the use of contracts to regulate is innovative because courts uphold contracts but do not restrain regulators in administrative decisions.¹²

A mayor contenido específico en los contratos de concesión, menor será la discrecionalidad de las entidades estatales respecto de las decisiones relacionadas a la actividad materia de la concesión. De esta manera nos encontramos ante un *trade-off* entre flexibilidad regulatoria para la adaptación a nuevos entornos y la seguridad jurídica de la empresa concesionaria¹³.

Los contratos de concesión no son los únicos mecanismos para reducir el riesgo de conductas oportunistas estatales. La creación de entidades reguladoras apartadas del entorno político estatal también contribuye a la credibilidad necesaria para la atracción de inversiones. En una sección posterior haremos referencia a las funciones de los organismos reguladores en el diseño institucional peruano.

II.2. Los contratos-ley en el ordenamiento jurídico peruano

Desde la Constitución Política de 1993, el Perú ha reconocido a nivel constitucional al mecanismo de contratos-ley que pueden ser suscritos por el Estado con particulares¹⁴. En efecto, el artículo 62 de la Constitución señala:

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

¹² GUASH, José Luis y Pablo SPILLER "Managing the regulatory process: design, concepts, issues, and the Latin America and Caribbean Story" World Bank, 1999 p. 45.

¹³ "The advantage of regulatory frameworks instituted through licenses is that since the latter usually have the power of contracts between governments and the firms, any amendment to the license will usually require the agreement of the company. This feature, however, provides credibility at the cost of inflexibility." SPILLER y TOMASSI, Op. Cit. p. 28. Puede consultarse también CRAMPES, Claude y Antonio ESTACHE "Regulatory trade-offs in the design of concession contracts" World Bank, 1997.

¹⁴ La figura ya existía antes de la Constitución de 1993 y se encontraba reconocida en el artículo 1357 del Código Civil, el cual establece: "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades por el Estado mediante contrato." Comentando este artículo, DE LA PUENTE señala que "la gran virtud del artículo 1357 del Código civil es permitir al Estado que pese a su jus imperium, quede sometido a una relación contractual cuando se trate de otorgar garantías y seguridades a un particular o a otro órgano del Estado. Relación contractual que lo obliga a mantener tales seguridades y garantías en los términos del contrato." El mismo autor da cuenta de que la Exposición de Motivos del Código Civil señaló que este artículo trata de "lo que en la práctica se conoce con el nombre de contratos-leyes, en los cuales el Estado, por un acto de autolimitación, se coloca en un plazo de igualdad jurídica dentro de la esfera privada (...)". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general. Tomo I. Palestra, segunda edición 2001, primera reimpression 2003, p. 278 y 269.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Los contratos-ley no forman parte de la estructura jerárquica normativa. Es decir, no se trata de normas que puedan modificar o derogar las disposiciones legales; no obstante sí pueden crear la estabilidad jurídica de determinados aspectos establecidos en el contrato-ley, de forma tal que cualquier modificación normativa posterior no pueda ser opuesta al titular del contrato-ley, en la medida que dicha modificación sea contraria a lo dispuesto en dicho contrato.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a las características de los contratos-ley, en su sentencia del 3 de octubre de 2003¹⁵:

(...) el contrato-ley es “un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial

En el segundo párrafo del artículo 62° de la Norma Suprema se ha constitucionalizado el denominado “contrato-ley”. Esta institución no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo histórico y tampoco en el constitucionalismo comparado. Como tal, se forjó en el plano legislativo de algunos países latinoamericanos, de donde fue tomada e incorporada a nuestro ordenamiento. Primero, en el plano legislativo (v. gr. artículo 1357° del Código Civil) y, posteriormente, a nivel constitucional (artículo 62°).

Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada.

La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál pueda ser su contenido. Se limita a señalar que “(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades.”

Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.

¹⁵ Emitida en el expediente 5-2003-AI/TC.

En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

Estas características son consistentes con lo que la doctrina peruana ya consideraba como las principales características de los contratos-ley¹⁶. En efecto, la característica principal de los contratos-ley es que sus disposiciones no pueden ser modificadas por el Estado a través de normas posteriores¹⁷ ¹⁸. Tienen una protección especial y específica en la Constitución. Aunque el Estado puede aprobar nuevas normas contrarias a lo dispuesto en un contrato-ley, la disposición constitucional impide que esa nueva norma pueda ser aplicada al contrato-ley previamente suscrito. Se crea una esfera de protección ante legislación posterior, frente a la potestad reconocida doctrinariamente como *ius variandi*, en la que el Estado puede modificar unilateralmente contratos de derecho público.

Los procesos de promoción de inversión privada que derivaron en la suscripción de los contratos de concesión portuaria celebrados en aplicación de la LSPN, también incluyeron la suscripción de los correspondientes contratos de garantía, que constituyen contratos-ley que a su vez extienden las garantías a los contratos de concesión. A efectos jurídicos, las disposiciones de los contratos de concesión también gozan de la protección del mecanismo de contrato-ley.

¹⁶ Cfr. PINILLA CISNEROS, Antonio “Los contratos-ley en la legislación peruana” Universidad de Lima, Lima: 1999. AMADO, José Daniel y MIRANDA, Luis “La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley” En: Themis 33, 1996 p. 15 y ss. ZEGARRA VALDIVIA, Diego “El contrato ley: los contratos de estabilidad jurídica” Gaceta Jurídica: Lima, 1997.

¹⁷ Como señala SANTISTEVAN DE NORIEGA: “(...) la principal consecuencia de este precepto es la absoluta imposibilidad de modificación legislativa de los contratos-ley (el referido blindaje constitucional). En efecto, se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. En otras palabras, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos pactados, esto es, modificarlos sin adoptar los procedimientos que al efecto el propio contrato-ley contenga. En este caso, el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares; de esta forma, se limitan las atribuciones que al Estado le corresponden en función del *ius variandi*.” SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño. PUCP, 2004 p. 580

¹⁸ Desde esta misma perspectiva PINILLA expone: “En éstos [contratos-ley] tenemos algunos aspectos particulares que nos permitirán sostener que dichas relaciones deberán permanecer inalterables, aunque se dicten disposiciones (incluso imperativas) que abiertamente los contradigan. (...) Justamente, el éxito de los contratos-ley como institución jurídica, está sustentado en que las relaciones jurídicas que de ellos derivan, no sean modificadas por leyes posteriores, aunque estas últimas consignen aspectos de carácter imperativo vinculados a los aspectos materia de garantía y estabilidad. En este punto consideramos que, por excepción, debe reconocerse como válida la teoría de los derechos adquiridos que encuentra sustento en la ultraactividad de la norma jurídica (...) en la medida en que se mantendrán vigentes para la parte cocontratante las disposiciones bajo las cuales se suscribió el contrato-ley y cuya estabilidad y garantía se encuentran garantizadas por el contrato.” Op. Cit. p. 58-59

II.3. Los organismos reguladores

Como parte de su diseño institucional, el sistema peruano ha optado por un régimen en el cual la prestación de los servicios públicos se encuentra a cargo de determinadas empresas privadas o públicas (empresas reguladas), cuyas actividades son continuamente supervisadas por entidades públicas especializadas denominadas organismos reguladores¹⁹.

Ello se debe a que las empresas que desarrollan infraestructura pública o proveen servicios públicos no pueden tener la facultad de emitir su propia regulación. Este es el sistema acogido por la legislación peruana, bajo el cual ninguna empresa tiene –ni debe tener– facultades de regulación. Es el organismo regulador la entidad encargada de regular, normar, supervisar, fiscalizar y solucionar controversias. La empresa operadora del servicio público no puede ser al mismo tiempo el organismo regulador. Ello se deriva de una unánime tendencia doctrinaria referida a los sectores de infraestructuras en red:

“En un marco de competencia, es necesaria una nítida separación entre las funciones normativas, de ordenación de la actividad, y la prestación directa del servicio, tradicionalmente confundidas en la mayor parte de los Estados.”²⁰

“En el ámbito de los países de la Unión Europea ha venido admitiéndose que la imposición de nuevas estructuras administrativas ha estado determinada por el Derecho Comunitario que en definitiva ha tratado de propiciar un marco uniformizado para la administración de las telecomunicaciones con separación absoluta entre la regulación o reglamentación y la explotación de las telecomunicaciones.”²¹

“Los Entes Reguladores, en general, suponen la separación de las funciones reglamentarias y de control de aquellas funciones operativas o de prestación de los servicios específicos del área respectiva.”²²

“En todos los sectores liberalizados se está implantando una regla general de organización que exige que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad.”²³

“El proceso de liberalización de la economía tuvo como uno de sus primeros objetivos conseguir establecer una clara delimitación entre las funciones de regulación y actuación. La apertura de sectores económicos a la libre concurrencia no comportaría

¹⁹ Los organismos reguladores son organismos públicos descentralizados, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

²⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos “Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho Comunitario” En: REDA, diciembre 1995 p. 504.

²¹ CHILLÓN MEDINA, José Ma. “Estado regulador y administración de telecomunicaciones” En: “Curso de Derecho de las Telecomunicaciones” Merino Merchán, José y Pérez-Ugena, María (coordinadores) Dykinson: Madrid, 1999 p. 198.

²² BARBARA, Jorge Edmundo “El Estado post privatizador. Los Entes Reguladores” En: Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo 1994-B p. 1184.

²³ MUÑOZ MACHADO, Santiago “Servicio Público y Mercado. Los fundamentos” Civitas: Madrid, 1998 p. 254.

una verdadera concurrencia si una de las partes que podía seguir actuando en el sector liberalizado mantenía el poder de establecer las reglas del juego.”²⁴

“(…) es esencial a la idea de los órganos independientes la separación entre reguladores y regulados, lo que permitirá desarrollar con éxito la actuación reguladora. La apoyatura de estos razonamientos es de orden lógico desde el momento que no se puede ser juez y parte en un mismo escenario económico.”²⁵

Debido a ello, los regímenes normativos de países que pretenden un desarrollo de los sectores de manera competitiva, distinguen entre las entidades que efectuarán la prestación del servicio o infraestructura (empresas reguladas) y las que se encargan de la supervisión y regulación de las mismas (organismos reguladores). Ambos realizan funciones distintas, una empresa no puede regular y un regulador no puede tomar las decisiones de inversión o prestar el servicio. Este es el esquema adoptado por la normativa peruana, la cual ha contemplado una serie de funciones a ser ejercidas por los organismos reguladores, que detallamos en la siguiente sección.

Asimismo, como ya se ha mencionado, la existencia de entidades reguladores constituye un mecanismo adicional de credibilidad hacia los inversionistas, en tanto se establecen agentes cuyas decisiones no son dependientes del poder político y aminoran el riesgo de una conducta oportunista del poder político²⁶.

II.4. El diseño institucional específico respecto de las concesiones portuarias

El reglamento de la LSPN dispone que corresponde a la Autoridad Portuaria Nacional (“APN”) la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada en la infraestructura y equipamientos portuarios nacionales, debiendo, para efectos de su ejecución, celebrar con la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN convenios de cooperación.

En marzo de 2005 se suscribió un Convenio Marco de Cooperación mediante el cual la APN encargó a PROINVERSIÓN el desarrollo y ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura e instalaciones portuarias de titularidad pública.

De esta manera PROINVERSIÓN ha administrado diferentes procesos de promoción que han derivado en contratos de concesiones portuarias. En estos procesos, el Estado peruano es el concedente, que es representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC, a su vez representado por la APN en la suscripción de los contratos²⁷.

La APN es la entidad pública que, entre otras funciones, promueve el establecimiento de operaciones comerciales y logísticas en recintos portuarios, y establece normas técnico operativas.

²⁴ TORNOS MÁS, Joaquín “Las autoridades de regulación de lo audiovisual” Marcial Pons: Madrid, 1999 p. 54.

²⁵ RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. “Privatización de la empresa pública y post-privatización” Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1995 p. 474.

²⁶ Cfr. SMITH, Warrick “Utility Regulators – Roles and Responsibilities” En: Public Policy for the Private Sector, Note 128, October 1997.

²⁷ Esta extraña figura de suscripción y representación deriva de la regla establecida en el artículo 24 de la LSPN según la cual es la APN la que celebra los compromisos contractuales a que se refiere dicha ley.

Pero también existe en el diseño, el organismo regulador: el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. Fue creado por la Ley 26917, de enero de 1998, y sus competencias están establecidas en dicha norma, desarrollada por el Reglamento General de OSITRAN vigente (Decreto Supremo N° 44-2006-PCM, publicado el 27 de julio de 2006, en adelante “REGO”), y en la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, de julio de 2000 (“Ley Marco”).

La Ley 26917 establece que OSITRAN es competente para la supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público²⁸. Esta entidad no es competente para áreas portuarias o aeroportuarias de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú, ni respecto de la infraestructura vial urbana²⁹.

La Ley Marco establece las funciones generales que poseen los cuatro organismos reguladores, incluyendo a OSITRAN³⁰. Se trata de la función normativa, reguladora (tarifaria), fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios.

A efectos del presente artículo nos interesa la función reguladora, la cual consiste en la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia. La Ley Marco denomina “función reguladora” a lo que tradicionalmente se conoce como potestad tarifaria³¹. La Ley 26917 establece que una de las principales funciones de OSITRAN es “operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito”. Particularmente, la Ley 26917 establece que uno de los objetivos de OSITRAN es velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, incluyendo lo relacionado a las tarifas u otros cobros:

“Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

²⁸ Ley 26917: “Artículo 1.- Objetivos. La presente Ley tiene por finalidad propiciar el desarrollo de los servicios de transporte, y la supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público mediante medidas promocionales, en un marco de libre competencia (...) Artículo 4.- Ámbito de Competencia. OSITRAN, ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.”

²⁹ Ley 26917: “Primera [disposición complementarias, transitoria y final].- No se encuentran comprendidas dentro de los alcances del segundo capítulo de la presente Ley las áreas portuarias y aeroportuarias que competen a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en materia de defensa nacional y orden interno. Asimismo, no está comprendida la infraestructura vial urbana. De igual forma, no lo está toda actividad en materia de infraestructura de transporte de uso público que sea de competencia municipal de acuerdo con lo dispuesto por su Ley Orgánica, en tanto su explotación se sujete a las reglas de la libre y leal competencia. (...)” Cfr. artículo 19 del Reglamento General de OSITRAN.

³⁰ Los otros tres organismos reguladores son: el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS.

³¹ “El poder tarifario es un poder que incide en una previa relación de uno o varios ciudadanos cualificados con la Administración, que es justamente la relación y régimen del servicio público; por ello, el poder tarifario se insertará jurídicamente como un aspecto más en el seno de una relación de supremacía especial y que será por tanto un poder doméstico o cuasi doméstico en cuanto recae y se proyecta sobre ámbitos de actuación que están sometidos a reserva de titularidad a favor del Estado.” ARINO, Gaspar “Las tarifas de los servicios públicos” Inst. García Oviedo: Madrid, 1976 p. 76.

b) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión. (...)" (subrayado agregado)

El respeto a los contratos de concesión se reitera en la Ley 26917, al señalar en relación al régimen tarifario que (i) si no existe competencia, OSITRAN fijará tarifas, (ii) si existe competencia y no existan cláusulas tarifarias, OSITRAN debe velar por el libre funcionamiento del mercado y (iii) cuando existan contratos de concesión, OSITRAN debe velar por el cumplimiento de las disposiciones tarifarias de dichos contratos. Este régimen se incluye en el artículo 7.1 de la citada ley:

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: (...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.

iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado."

El REGO, aunque se refiere a las tarifas que establece OSITRAN, no realiza la distinción prevista en el literal b) del artículo 7.1 de la Ley 26917³².

³² REGO (Capítulo II – Función Reguladora): "Artículo 16.- Función Reguladora. El OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.

Artículo 17.- Órgano competente para el ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo del OSITRAN y se ejerce a través de Resoluciones. Para tal efecto, dicho órgano sustenta sus decisiones en los informes técnicos que emite la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, que está encargada de conducir e instruir los procedimientos tarifarios, y de la Gerencia de Asesoría Jurídica que tiene a su cargo la evaluación de los aspectos jurídicos relacionados al procedimiento tarifario. El ejercicio de esta función se sujeta a lo establecido por la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, así como por el Reglamento General de Tarifas que apruebe el Consejo Directivo del OSITRAN.

Artículo 18.- Opinión técnica del OSITRAN en materia tarifaria. El OSITRAN emite opinión técnica no vinculante respecto de la fijación y revisión de las tarifas del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, cuya competencia exclusiva corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 19.- Elaboración de Estudios Técnicos. Para el cumplimiento de sus funciones, el OSITRAN realiza estudios o informes, técnicos o económicos, y/o proyectos de regulaciones a través de los órganos que, para tales efectos, determine competentes. Sin perjuicio de ello, puede encargar a entidades públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales, la elaboración de dichos estudios, informes y/o proyectos.

Artículo 20.- Discrepancias sobre la interpretación o aplicación normativa y/o regulatoria. En caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que realicen los órganos del OSITRAN respecto de una disposición normativa y/o reguladora en un caso particular por parte de la Entidad Prestadora correspondiente, el Consejo Directivo conoce y resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que se presenten contra aquellas. Por esta vía no es posible cuestionar el contenido mismo de la regulación y/o disposición normativa, sino sólo su aplicación o interpretación."

En ejecución de su función normativa, OSITRAN aprobó el Reglamento General de Tarifas ("RETA"), mediante Resolución 43-2004-CD-OSITRAN, que incluye una disposición complementaria única en la cual se regula la fijación y revisión de tarifas en caso de infraestructura portuaria de uso público³³. No obstante, el propio reglamento señala que

³³ RETA: "[Disposición Complementaria] Única.- Fijación y revisión de Tarifas en el caso de la infraestructura portuaria de uso público:

1. Fijación de tarifas para servicios derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917 en los casos en que el OSITRAN, los Administradores Portuarios, la Autoridad Portuaria correspondiente, consideren que no existen condiciones de competencia en mercados derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público, que no estén sometidos a un Régimen Tarifario Regulado, deberán solicitar previamente al INDECOPI que se pronuncie al respecto. Para tal efecto, siguiendo al Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, el INDECOPI tendrá un plazo perentorio de setenta (70) Días para pronunciarse, contados a partir del día siguiente de recibida la respectiva solicitud. El referido pronunciamiento será notificado al OSITRAN y a la Autoridad Portuaria Nacional. En el caso que el INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión y que es necesaria además la regulación tarifaria, la Autoridad Portuaria Nacional deberá proponer al OSITRAN, dentro del plazo de setenta (70) Días, contados desde la notificación de la respuesta del INDECOPI, la Tarifa Máxima correspondiente, de acuerdo a las reglas de éste Reglamento. Para tal efecto, de conformidad con lo establecido en el Literal c) del artículo 59 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-MTC; la Autoridad Portuaria Nacional presentará su propuesta conforme a lo establecido en el artículo 62 del presente Reglamento. Una vez recibida la propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional, el OSITRAN deberá evaluar el inicio del procedimiento administrativo, en ese sentido, de ser el caso, se seguirá el procedimiento conforme a lo establecido en los artículos 56 al 60, sin perjuicio de la facultad del OSITRAN de requerir información a la Entidad Prestadora a que se refiere el artículo 55 del presente Reglamento. En el caso que la Autoridad Portuaria Nacional no cumpla con presentar su propuesta de fijación tarifaria ante el OSITRAN en el plazo establecido anteriormente, el OSITRAN realizará la fijación tarifaria de Oficio, conforme al procedimiento establecido en los artículos 53 al 60 del presente Reglamento, aplicándose para tal efecto un plazo máximo de setenta (70) Días, contados desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de la Autoridad Portuaria Nacional para presentar la propuesta correspondiente ante el OSITRAN.

2. Revisión de tarifas máximas reguladas de servicios portuarios

2.1 A solicitud de la Entidad Prestadora

En los casos de revisión de Tarifas Máximas aplicables a los servicios portuarios prestados por una Entidad Prestadora, que estén sujetos al Régimen de Regulación Tarifaria, las Entidades Prestadoras podrán remitir su propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional con copia al OSITRAN. Es competencia exclusiva del OSITRAN, evaluar la admisibilidad y procedencia de la solicitud presentada por la Entidad Prestadora. Para tal efecto, dentro de los primeros tres (03) Días de recibida dicha solicitud, el OSITRAN deberá solicitar a la Entidad Prestadora, de ser el caso, que realice las subsanaciones a que hubiera lugar en un plazo máximo de cinco (05) Días, contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación relativa al requerimiento de subsanación. Una vez efectuada la subsanación respectiva, corresponde a la Gerencia de Regulación evaluar la procedencia de la solicitud y seguir el procedimiento señalado en el presente reglamento. En caso de ser procedente la solicitud, se remitirá a la Autoridad Portuaria Nacional la Resolución del Consejo Directivo que declara procedente la solicitud, así como el informe de la Gerencia de Regulación. Recibida la Resolución relativa a la declaración de procedencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá remitir su propuesta tarifaria al OSITRAN, en un plazo máximo de setenta (70) Días. Para tal efecto, de conformidad con lo establecido en el Literal c) del artículo 59 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-MTC; la Autoridad Portuaria Nacional presentará su propuesta conforme a lo establecido en el artículo 62 del presente Reglamento. Una vez recibida la propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional se seguirá el procedimiento conforme a lo establecido en los artículos 56 al 60, sin perjuicio de la facultad del OSITRAN de requerir información a la Entidad Prestadora a que se refiere el artículo 55 del presente Reglamento. En el caso que la Autoridad Portuaria Nacional no cumpla con presentar su propuesta de revisión tarifaria ante el OSITRAN en el plazo establecido anteriormente, el OSITRAN realizará la revisión tarifaria de Oficio, conforme al procedimiento establecido en los artículos 53 al 60 del presente Reglamento, aplicándose para tal efecto un plazo máximo de setenta (70) Días, contados desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de la Autoridad Portuaria Nacional para presentar la propuesta correspondiente ante el OSITRAN.

su aplicación es supletoria a las disposiciones incluidas en los contratos de concesión³⁴. El RETA también reconoce la posibilidad de que OSITRAN disponga una desregulación tarifaria cuando “existan condiciones de competencia, tales que disciplinen el mercado”.

II.5. Los contratos de concesiones portuarias autosostenibles

Bajo el amparo de la LSPN se han suscrito los siguientes contratos de concesiones portuarias autosostenibles:

- a) El *Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*, del 14 de julio de 2006, suscrito con DP World Calla S.A. (“DPWC”)
- b) El *Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita*, del 9 de setiembre de 2009, suscrito con Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (“TPE”)
- c) El *Contrato de Concesión de Terminal Norte Multipropósito en Terminal Portuario del Callao*, del 11 de mayo de 2011, suscrito con APM Terminals Callao S.A. (“APMT”)

2.2 Por iniciativa del OSITRAN

En los casos que el OSITRAN considere necesaria una revisión de Tarifas Máximas aplicables a los servicios portuarios sujetos al régimen de regulación tarifaria deberá solicitar a la Autoridad Portuaria Nacional la respectiva propuesta tarifaria, quien para tal efecto contará con un plazo perentorio de setenta (70) Días contados a partir del día siguiente de la recepción de solicitud del OSITRAN. De conformidad con lo establecido en el Literal c) del artículo 59 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado mediante Decreto Supremo N° 013-2004-MTC; la Autoridad Portuaria Nacional presentará su propuesta conforme a lo establecido en el artículo 62 del presente Reglamento. Una vez recibida la propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional se seguirá el procedimiento conforme a lo establecido en los artículos 56 al 60, sin perjuicio de la facultad del OSITRAN de requerir información a la Entidad Prestadora a que se refiere el artículo 55 del presente Reglamento. En el caso que la Autoridad Portuaria Nacional no cumpla con presentar su propuesta de revisión tarifaria ante el OSITRAN en el plazo establecido anteriormente, el OSITRAN realizará la revisión tarifaria de Oficio, conforme al procedimiento establecido en los artículos 53 al 60 del presente Reglamento, aplicándose para tal efecto un plazo máximo de setenta (70) Días, contados desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de la Autoridad Portuaria Nacional para presentar la propuesta correspondiente ante el OSITRAN, dicho plazo máximo únicamente podrá ser ampliado con el objeto de salvaguardar el derecho de defensa de los interesados involucrados, conforme al principio de debido procedimiento, establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444”

³⁴ RETA: “Artículo 9.- Aplicación de criterios tarifarios establecidos en Contratos de Concesión. Las disposiciones y criterios tarifarios que se establezcan en los Contratos de Concesión, serán aplicables a las Entidades Prestadoras titulares de los mismos; no obstante, las Entidades Prestadoras Concesionarias deberán sujetarse al presente Reglamento y a la regulación tarifaria que establezca OSITRAN, en todo lo que no se oponga a lo estipulado en sus respectivos Contratos de Concesión.

Artículo 12. Tarifas Contractuales. En los casos que los Contratos de Concesión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo competencia de OSITRAN, establezcan Tarifas aplicables a los servicios, mecanismos de reajuste tarifario o disposiciones tarifarias, corresponderá a OSITRAN velar por la correcta aplicación de las mismas en el marco de lo establecido en dichos contratos. Las reglas del presente Reglamento se aplicarán de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión.

Artículo 24.- Aplicación o revisión de las Tarifas establecidas contractualmente. Las Entidades Prestadoras que cuentan con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para la fijación, revisión y aplicación de las Tarifas por los servicios que presten, derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, por lo estipulado en el presente Reglamento, salvo que dicho contrato contenga normas específicas diferentes.

En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para la fijación, revisión y aplicación de las tarifas por parte de la Entidad Prestadora, o si regulando ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa a tales procedimientos. (...)”

- d) El *Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao*, de 28 de enero de 2011, suscrito con Transportadora Callao S.A. ("TCSA")
- e) El *Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco*, del 21 de julio de 2014, suscrito con Terminal Portuario Paracas S.A. ("TPP")

Las fechas de suscripción de estos contratos tienen incidencia en su regulación tarifaria, conforme se describirá más adelante. Todos ellos, salvo el de TCSA fueron suscritos como resultado de licitaciones o concursos administradas por PROINVERSIÓN. El contrato de concesión de TCSA derivó del mecanismo de iniciativas privadas, según el cual el privado propone al Estado la concesión y, luego que el Estado la declara de interés, si no existen terceros interesados se adjudica directamente al proponente. Si existen terceros interesados se realiza un concurso.

III. Las tarifas de los contratos de concesión: origen y desarrollo

III.1. Las licitaciones como mecanismo de generación de contratos de concesión

En la actualidad es usual que determinadas concesiones se otorguen a través de concursos o licitaciones convocados y administrados por el Estado. Ello es consecuencia de una amplia experiencia internacional que combina la teoría de subastas con la teoría de regulación de servicios públicos o de infraestructura pública.

A fines de la década de 1960, DEMSETZ propuso la alternativa de realizar subastas para otorgar los monopolios de este tipo de industrias, de forma tal que no sea necesaria una regulación de precios, no obstante poder gozar de un precio correspondiente al segundo mejor (costo medio). Brevemente, esta teoría de competencia por el mercado señala que no es necesario regular precios en casos de monopolio natural, el único rol del Estado es organizar una subasta y asignar la licencia o concesión al postor que ofrezca menores precios (tarifas). Bajo los supuestos (i) que los insumos se encuentran disponibles a los postores potenciales a precios competitivos y (ii) que los costos de colusión entre postores son prohibitivamente altos, el resultado de la subasta será óptimo en la medida que ganará el postor que prestará el servicio al menor costo. La conclusión de esta perspectiva es que la teoría del monopolio natural no implica existencia de precios monopólicos y por lo tanto no es justificación para la existencia de regulación.³⁵

No obstante, cuando los supuestos no se presentan, la regulación es un mecanismo más adecuado, principalmente porque permite la adaptación del régimen ante el cambio de circunstancias no previstas al momento del establecimiento del marco regulatorio tarifario. Las principales críticas a esta teoría fueron expuestas por WILLIAMSON³⁶.

Bajo la teoría de DEMSETZ, se entiende que la empresa que gane la subasta al ofrecer la menor tarifa a ser cobrada, será aquella con un menor costo medio y, por tanto, la más eficiente. De esta manera se logra eficiencia productiva (la prestación del servicio a menor costo) y eficiencia asignativa (la menor diferencia entre costo y tarifa). Con dicho resultado, una regulación tarifaria externa, por ejemplo proveniente de un regulador,

³⁵ DEMSETZ, Harold "Why regulate utilities?" En: *The Journal of Law and Economics*, 1969 pp. 55 – 65

³⁶ WILLIAMSON, Oliver E. "Franchise Bidding for Natural Monopolies –in General and with Respect of CATV" En: *The Bell Journal of Economics*, Vol. 7 N° 1, primavera de 1976, pp. 73 – 104.

deviene innecesaria. ARMSTRONG, COWAN y VICKERS describen esta teoría de la siguiente manera:

With optimal auction design, the effect of greater competition for the franchise is to reduce the rent obtained by the firm that wins the auction. The relationship between price and cost that results from the auction is unaffected by competition, and so is the same as if the winning firm were regulated as a pure monopolist.³⁷

TRAIN la describe como sigue:

If numerous firms face the same technology and production costs, and these firms do not collude when bidding, the price of the product will be bid to the point at which the winning firm makes (essentially) zero profits with least-cost production. This fact can be discerned by following the course of such an auction. Suppose that, at one point in the auction, the lowest price offered allows the firm presenting this bid to earn strictly positive profit. Another firm that can produce at the same costs as this firm could offer a lower price and still make a positive (though smaller) profit. Given the choice of zero profit (which a firm earns if it does not win the franchise) and a small but positive profit, this other firm will choose the latter, bidding below the previously lowest bid. Similarly, suppose the lowest bid is made by a firm that would make zero profit, but would engage in some form of inefficiency in production. Another firm would see that it could produce without waste. With lower costs, its profits would be positive at the same offered by the wasteful firm; it could therefore offer a slightly lower price and still make a positive profit. Again, given a choice between zero profit from not winning the franchise and a small but positive profit, this other firm would choose the latter and bid below the previously lowest bid. This process will continue until, for the winning price, profits are essentially zero with least-cost production.³⁸

Las principales críticas de WILLIAMSON a la teoría de subastas en competencia por el mercado son las siguientes:

- (a) Bajo incertidumbre las subastas de menor precio son insatisfactorias, ya que si existe incertidumbre con respecto a la tecnología, la demanda, las condiciones de oferta de los insumos, la inflación o los gustos, se desarrollarán divergencias de precio-costo. Aun si la subasta se redujera al precio más bajo, es obvio que será artificial si en el futuro existen incertidumbres y el servicio es complejo. Esto genera la posibilidad de ofertas “aventuradas”. El precio óptimo del momento de la subasta no es óptimo después, ante cambios en la demanda o los costos.
- (b) Demsetz trata el aspecto de la adaptabilidad en una forma limitada y optimista. No considera la existencia de contratos incompletos a largo plazo, en donde adaptaciones a desarrollos no anticipados se obtienen permitiendo la renegociación de las cláusulas. Entre los problemas que se prevén en este tipo de contratos se pueden mencionar los criterios de otorgamiento de buena pro artificiales u oscuros, problemas de ejecución del contrato, entre otros.

³⁷ ARMSTRONG, Mark; Simon COWAN y John VICKERS “Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience” MIT 1994, p. 125 – 126. Sobre las críticas a la teoría Cfr. Op. cit. p. 127 – 128.

³⁸ TRAIN, Kenneth “Optimal Regulation” Cambridge: The MIT Press, 1991 p. 299 – 300. Sobre las críticas a la teoría Cfr. Op. cit. p. 301 – 303.

- (c) En circunstancia de renegociación las destrezas políticas asumen especial importancia, existiendo incentivos para invertir recursos privados para influir en decisiones políticas, las que varían directamente con el grado en el que se pueden apropiar de dichas ventajas en forma privada.
- (d) Problemas relativos a las especificaciones, la supervisión y la aplicación del contrato (con respecto a la calidad del servicio y los procedimientos de monitoreo). El remedio a estos problemas nuevamente conduce a una convergencia hacia la regulación.
- (e) Problemas vinculados con la valuación y traspaso de los activos. Si el titular de la licencia o concesión es desplazado por un competidor en una subasta posterior, puede distorsionar los incentivos para invertir.
- (f) Pueden presentarse ofertas inferiores al costo de prestación o conductas oportunistas posteriores a la adjudicación por parte del postor ganador del contrato. Durante las renegociaciones, la empresa puede amenazar con una bancarrota, para justificar una renegociación del precio, lo que a su vez lleva a introducir técnicas de control contable y de monitoreo que resulta en una relación análoga a la regulación.
- (g) La perspectiva de subastas recurrentes a corto plazo como mitigación de los problemas de la teoría es inadecuada dado que depende de la paridad de los postores al momento de cada nueva subasta. Pero el operador ya establecido tiene ciertas ventajas, incluyendo la de recursos humanos.

Adicionalmente SAPPINGTON señala que cuando la calidad de servicio no es verificable, la empresa que ofrece el menor precio puede ser la que invierte menos en dicho rubro, por lo que ofrecerá un menor nivel de calidad a los consumidores.³⁹

No obstante las críticas a la teoría de DEMSETZ, ésta generó discusiones y análisis que han conllevado a una mejora en el entendimiento de la relación entre subastas y regulación^{40, 41}. De hecho, este tipo de subastas se utilizan para obtener una menor tarifa. Como hemos mencionado, en el Perú existe un modelo de subastas, aunque el factor de competencia no es necesariamente la tarifa, pero con la existencia y supervisión de un regulador, con competencias de ajustes tarifarios de conformidad con lo establecido en los correspondientes contratos de concesión.

De esta manera PROINVERSIÓN administra los concursos y licitaciones regidos por el Decreto Supremo 59-96-PCM que aprueba el *Texto Único Ordenado de las normas con*

³⁹ SAPPINGTON, David E.M. "Regulating Service Quality: A Survey" En: Journal of Regulatory Economics Vol. 27 N° 2, 2005 p.

⁴⁰ Cfr. GUASCH, José Luis "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right" The World Bank, Washington D.C., 2004 y KERF *et al.*, Op.Cit.

⁴¹ La contribución de DEMSETZ ha sido utilizada por OSITRAN para la regulación del acceso en materia portuaria. FLOR y DEFILIPPI señalan "In cases where access is limited to one or few service providers, and there are more interested parties than available infrastructure (for safety, environmental, or other reasons), the model incorporates the contribution of H. Demsetz by requiring service providers to compete for access rights. If the markets for ship or cargo services are competitive *ex ante*, access is granted to those willing to pay the highest access charges. This solution is efficient because it concedes the scarce resource to whoever values it most. If the final market is a monopoly, the proposed scheme reduces social costs by conceding access to the bidder offering the lowest final charge, which will have the particularity to be the nearest to the average cost, that is, to the 'second best solution'." FLOR, Lincoln y Enzo DEFILIPPI "Port Infrastructure: An Access Model for the Essential Facility", 2002

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”) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 60-96-PCM. Bajo estas disposiciones se realizaron los concursos que concluyeron con la suscripción de los contratos de concesión. También son de aplicación el Decreto Legislativo 1012 y su reglamento. No obstante, recientemente estas normas han sido derogadas por el Decreto Legislativo 1224, cuya reglamentación aún no ha sido emitida.

En materia de concesiones portuarias, las concesiones otorgadas bajo este régimen reconocen la participación de OSITRAN como organismo regulador, al cual además se le encarga el establecimiento del factor de productividad que deberá aplicarse en relación con las tarifas de las concesiones.

De acuerdo con el TUO de Concesiones, *“el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.”*⁴² Asimismo, su artículo 35 dispone los términos generales de sus retribuciones:

Artículo 35.- El concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno.

Por ello, la normativa específica de concesiones permite que los contratos de concesión incorporen tarifas y precios, siendo el cobro de los mismos un derecho de la empresa concesionaria⁴³.

Los contratos de concesión que hemos mencionado han sido suscritos bajo este marco y los concursos administrados por PROINVERSIÓN para otorgarlos incluyeron el establecimiento inicial de tarifas portuarias incluidas directamente por el Estado o establecidas en sus ofertas por los postores.

III.2. Las tarifas y precios en la regulación portuaria

Las principales normas que regulan el sector portuario son la LSPN y el RLSPN. La LSPN incluye definiciones de Tarifa y Precio en su vigésima sexta disposición transitoria final:

⁴² Artículo 13 del TUO de Concesiones.

⁴³ Actualmente, el Decreto Legislativo 1224 señala: “12.1 El contrato desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos.”

16. PRECIO: Contraprestación exigida por los servicios portuarios no sujetos a regulación tarifaria. (...)

21. TARIFA: Retribución económica exigida por la prestación de actividades o servicios portuarios sujetos a regulación.

El artículo 13 de la LSPN establece el régimen general de tarifas y precios:

Artículo 13.- Tarifas portuarias

13.1 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, está sujeta al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y/o de las Autoridades Portuarias Regionales, según la delegación de facultades señalada en el artículo 21.2 de la presente Ley. Los administradores portuarios pueden presentar sus propuestas tarifarias de acuerdo a lo señalado en el artículo 21.2 de la presente Ley.

13.2 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.

El RLSPN desarrolla este esquema en su artículo 59:

Artículo 59.- En relación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, se aplican las siguientes disposiciones:

- a. Cuando no existan condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley que quieran establecer un régimen de tarifas deberán solicitar previamente al INDECOPI que se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia. El INDECOPI tendrá un plazo perentorio de 70 días hábiles para pronunciarse.

De comprobarse la no existencia de condiciones de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá proponer dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI, un régimen tarifario a OSITRAN. Si vencido dicho plazo no se hubiese presentado propuesta, OSITRAN, de oficio, establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que sea OSITRAN quien solicite el pronunciamiento de INDECOPI, y se comprobara la no existencia de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

- b. En los casos de revisión total o parcial de tarifas en la utilización de bienes, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley, podrán remitir su

propuesta de revisión tarifaria a la Autoridad Portuaria Nacional, quién deberá pronunciarse dentro de un plazo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que OSITRAN considere necesaria una revisión total o parcial de tarifas, deberá solicitar una propuesta de régimen tarifario a la Autoridad Portuaria Nacional, quien deberá presentarla dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio podrá establecer el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

- c. Todas las propuestas de régimen tarifario, deberán efectuarse de acuerdo al procedimiento que para tal efecto establezca OSITRAN de acuerdo con la Ley N° 27838.
- d. En los casos en los que la Autoridad Portuaria Nacional suscriba contratos y compromisos contractuales con base al Plan Nacional de Desarrollo Portuario, las tarifas se establecerán conforme al literal e) del artículo 12 de la Ley.

El subsector portuario es el único en el cual, a efectos de la posibilidad de regulación tarifaria, es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI el que determina si existe o no competencia en el mercado específico. En otros sectores con regulación tarifaria, es el correspondiente organismo regulador el que realiza esta evaluación.

Si bien la LSPN establece una distinción entre servicios regulados bajo tarifas cuando no existe competencia y servicios con precios libres cuando exista competencia, el RLSPN recoge dicha distinción considerando un supuesto adicional previsto en el literal (d) de su artículo 59. Este supuesto adicional ocurre cuando se trata de contratos suscritos por la APN con base al Plan Nacional de Desarrollo Portuario (como ocurre con los contratos de concesión) y la consecuencia es que las tarifas “se establecerán conforme al literal e) del artículo 12 de la [LSPN].”

Pues bien, el artículo 12 al que hace referencia señala:

Artículo 12.- Requisitos mínimos de los contratos y compromisos portuarios
Los compromisos contractuales portuarios suscritos con base al Plan Nacional de Desarrollo Portuario, contienen las siguientes disposiciones o cláusulas generales:
(...) e) Que establezcan programas de inversiones, tarifas y servicios permitidos.

Desde esta perspectiva, el RLSPN parece indicar que en el caso de –entre otros- los contratos de concesión, las tarifas se regirán bajo el régimen que en dichos contratos se establezca.

III.3. Las tarifas y precios en los contratos de concesión portuaria

Las concesiones de infraestructura pública portuaria otorgadas desde la vigencia de la LSPN difieren en el tratamiento tarifario de los servicios especiales portuarios. Todos

realizan una distinción entre servicios estándar y servicios especiales. Esta distinción no es normativa, sino una distinción originada específicamente en los contratos de concesión.

Los contratos de concesión de titularidad de DPWC (2006) para la zona sur del puerto del Callao y de titularidad de TPE (2009) para el terminal portuario de Paita establecen que los servicios especiales se sujetan a un precio libre, no sujeto a regulación tarifaria del organismo regulador, independientemente del escenario de competencia en la prestación de dichos servicios .

Los contratos de concesión posteriores establecen que los servicios especiales se sujetarán a un régimen de retribución dependiendo del nivel de competencia en la prestación de los servicios especiales. Si existe competencia (lo que es determinado por INDECOPI) se sujetan a un precio libre no regulado, si no existe competencia suficiente el regulador establecerá tarifas administrativamente.

En todos los contratos de concesión señalados, los servicios estándar están sujetos a tarifas incluidas en cada contrato bajo el mecanismo *price cap* (también denominado RPI-X o precio tope), con revisiones (determinación de factor de productividad) cada cinco años. Para el segundo grupo de contratos, el régimen *price cap* también aplica a las tarifas de servicios especiales sujetas a tarifa.

Más allá de la distinción descrita, las cláusulas contractuales que establecen el régimen *price cap* son, en términos generales, equivalentes⁴⁴. Se muestra a continuación la cláusula 8.25 del contrato de concesión más reciente (2014):

8.25. A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas, aplicando el mecanismo regulatorio "RPI – X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa.

El RPI (Retail Price Index) es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación.

El factor de productividad (X) corresponde a las ganancias promedio por productividad obtenidas por el CONCESIONARIO.

Para efectos del presente Contrato, será de aplicación la siguiente fórmula:

Factor Ajuste Tarifas máximas = RPI – X

Donde:

- RPI: es la inflación expresada en un índice general de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (EEUU) utilizado para ajustar la tarifa y de ese modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación.
- X: es la variación anual promedio de la productividad. El X será calculado por el REGULADOR y será revisado cada cinco (5) años

⁴⁴ Las cláusulas no son totalmente idénticas, existiendo algunas particularidades que rigen determinada concesión específica.

Las siguientes revisiones de las tarifas se realizarán cada cinco (5) años, aplicando el mismo mecanismo antes descrito.

Para propósito del cálculo del X, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria anual correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros cinco (5) años contados desde el inicio de la Explotación, el factor de productividad (X), será cero (0).

Las reglas y procedimientos complementarios aplicables a la revisión tarifaria se regularán por el Reglamento de Tarifas de OSITRAN.

En los contratos de concesión de infraestructura portuaria otorgados desde la vigencia de la LSPN no se ha concluido aún la primera revisión, cálculo del factor de productividad, quinquenal⁴⁵.

III.4.El mecanismo tarifario price cap o regulación por precios tope:

El mecanismo price cap (también denominado "RPI-X") surgió como respuesta a las limitaciones del esquema de regulación por tasa de retorno y, en principio, tiene como función principal simular condiciones que se presentarían si los servicios regulados se encontraran en un escenario de competencia ^{46 47}.

La primera propuesta de regulación mediante "reglas que afectan el perfil de evolución de ingresos medios de las empresas reguladas" fue la de LITTLECHILD en el Reino Unido, en 1983, para British Telecommunications Plc⁴⁸.

⁴⁵ A la fecha de redacción de este artículo, Ositran tenía pendiente la publicación de su decisión tarifaria respecto del contrato de DPWC, estableciendo el primer factor de productividad aplicable para dicha empresa. Ositran sí ha establecido anteriormente factores de productividad para la concesión portuaria del Terminal de Matarani, concesión que no se encuentra en el ámbito de este artículo.

⁴⁶ "Price cap regulation is intended to replicate the discipline of competitive market forces. Competitive forces compel firms to realize productivity gains and to pass these gains on to their customers in the form of lower prices, after accounting for unavoidable increases in input prices." BERNSTEIN, Jeffrey I. y David E.M. SAPPINGTON "How to determine the X in RPI-X regulation: a user's guide" En: Telecommunications Policy Vol. 24 N° 1, 2000 p. 64

⁴⁷ "Price cap more closely mimic a competitive market than the old rate-of-return scheme. (...) With price cap, however, the agency has more flexibility to set the price of service directly, and thus it has a better opportunity to set the prices at a level that mirrors what they would be in a competitive environment. Furthermore, the efficiency improvements that the utilities will create under price caps means that the overall price services can be lowered without imposing confiscatory regulations. Since price caps more closely simulate the conditions of competitive market, they allow for a transition from a regulated to a deregulated industry. A transitional step between the old regime and a competitive market-place allows the consumer to receive the benefits of a competitive market-place, such as increased efficiency and greater technological innovation, without having to wait for real competition to develop." VOGT, Gregory J. "Cap-Sized: How the Promise of the Price Cap Voyage to Competition Was Lost in a Sea of Good Intentions" En: Federal Communications Law Journal Vol. 51 N° 2, 1999 p. 364 - 365

⁴⁸ LASHERAS, Miguel Ángel "La regulación económica de los servicios públicos" Editorial Ariel: Barcelona, 1999 p. 92

Este esquema fue asumido por el gobierno inglés⁴⁹. El sustento conceptual del esquema de precios tope deriva de las críticas al sistema de regulación por tasa de retorno, en el sentido que éste no proveía los incentivos adecuados para obtener eficiencia en costos, además de la gran dificultad en su implementación, entre otras desventajas que se han descrito anteriormente. Los Estados Unidos también asumieron el esquema, principalmente para el sector de telecomunicaciones. En 1987 la *Federal Communications Commission* (FCC) aprobó el primer régimen de precio tope⁵⁰.

La regulación *price cap* o RPI-X fija una tasa a la cual las tarifas, después de la corrección por la inflación, deben disminuir (o eventualmente incrementarse). La tasa a la cual las tarifas (ajustados por la inflación) deben bajar es denominada factor de productividad o “Factor X”, el cual representa las ganancias de eficiencia que la empresa debe trasladar a los usuarios a través de menores precios⁵¹. El principal incentivo de la empresa para reducir sus costos es que, en este régimen, le es permitido retener toda la diferencia entre dichos costos y el precio tope.

Las principales características del mecanismo tarifario *price cap* son las siguientes⁵²:

- (a) Otorga fuertes incentivos a la reducción de costos de producción⁵³. El resultado implica cierto nivel de ineficiencia asignativa, dado que el precio será mayor al costo⁵⁴. LASHERAS da cuenta de la demanda de cambio del esquema en el Reino Unido al detectarse el alto nivel de ganancias de las empresas reguladas, que llevó en 1997 a la fijación de un impuesto sobre los beneficios extraordinarios⁵⁵.
- (b) El *price cap* debe eliminar el efecto Averch – Johnson de sobrecapitalización. Ello debido a que ya no se reconoce el nivel de tarifas en función de la inversión. De manera contraria al régimen de tasa de retorno, el *price cap* provee incentivos para que la empresa invierta en la reducción de sus costos, ya que retiene todo el diferencial entre el precio tope y sus costos reales. Se obtiene en teoría un uso óptimo de capital y un nivel óptimo de esfuerzo.
- (c) Fue concebido como un mecanismo que requería de menor volumen de información, comparativamente con un esquema de tasa de retorno. Sin embargo, el valor de esta característica ha sido cuestionado, dado que en la práctica se han presentado procesos que han requerido alta carga de información a presentarse al regulador⁵⁶.

⁴⁹ En 1984 se creó la Office of Telecommunications (OFTEL), hoy Office of Communications (OFCOM) (www.ofcom.org.uk).

⁵⁰ Para una descripción detallada de la transición y de los temas relacionados con el establecimiento del esquema *price cap* en Estados Unidos Cfr. BROCK, Gerald W. “Telecommunication Policy for the Information Age. From monopoly to competition” Harvard University Press, 1994 pp. 257 y ss.

⁵¹ KING, Stephen P. “Principles of price cap regulation” En: *Infrastructure regulation and market reform: principles and practice* (Margaret Arblaster y Mark Jemison, editores) Canberra: ACCC y PURC, 1998 p. 46 - 54

⁵² En otro trabajo hemos descrito a detalle el funcionamiento del mecanismo tarifario *price cap*. Cfr. SOTO CARRILLO, Gerardo. *Regulación por precios tope*. En: *Economía*, Departamento de Economía de la PUCP, Vol. XXXII, N° 63, semestre enero-junio 2009, pp. 79-102

⁵³ BERG, Sandford V, y R. Dean FOREMAN “Price Cap Policies in the Transition from Monopoly to Competitive Markets” Public Utility Research Center, University of Florida, 1995 Disponible en: http://www.cba.ufl.edu/purc/purcdocs/papers/9504_Berg_Price_Cap_Policies.pdf (Último acceso: setiembre 2015)

⁵⁴ GALLARDO, José “Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: el caso de los monopolios naturales” Documento de trabajo N° 164, CISEPA Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999 p. 38

⁵⁵ LASHERAS, Op. cit. p. 96. CHENNELLS, Lucy “The Windfall Tax” En: *Fiscal Studies* Vol. 18 N° 3, 1997 p. 279 - 291

⁵⁶ LASHERAS, Op. cit. p. 95

- (d) El riesgo es asumido por la empresa⁵⁷. La variación o eventuales variaciones en los precios de los insumos requeridos para la prestación del servicio regulado afecta a la empresa regulada, la cual no puede trasladarlas directamente a las tarifas, como sí ocurre en un esquema de tasa de retorno.
- (e) Provee pocos incentivos para la calidad del servicio. Una de las formas de reducir costos es a través de mermas en la calidad que se ofrece a los consumidores. Sin regulación de la calidad la empresa regulada proveerá niveles de calidad menores que los óptimos. Dada esta característica, un esquema *price cap* debe estar acompañado de regulación específica respecto de la calidad del servicio o servicios involucrados.
- (f) En el régimen *price cap* se debe fijar un rezago regulatorio (*regulatory lag*) consistente en la determinación del período de tiempo durante el cual permanecerá vigente el precio tope y al final del cual se establecerá un nuevo precio tope producto de la fijación de un nuevo factor de productividad. El mismo valor del factor de productividad se aplica cada año durante el *regulatory lag*, siendo la duración de este último de entre cuatro a seis años.

La existencia del rezago regulatorio permite a la empresa regulada retener la diferencia entre el precio tope y sus costos. Un rezago muy corto acercará el esquema a uno de tasa de retorno, pues disminuye los incentivos de la empresa en reducir sus costos⁵⁸. El regulador se encontraría constantemente ajustando los precios conforme a las variaciones de productividad de muy corto plazo. Un *regulatory lag* demasiado corto elimina los incentivos a la reducción de costos que el *price cap* implica y, como se ha mencionado, converge hacia una regulación por tasa de retorno⁵⁹. ARMSTRONG y SAPPINGTON señalan que la determinación del *regulatory lag* debe considerar dos efectos contrapuestos. Por un lado, si se fija un *regulatory lag* corto, es decir ocurren revisiones frecuentemente, se disminuye el incentivo de reducción de costos. Por otro lado, una revisión infrecuente puede resultar en una disociación demasiado alta entre costos y precio, reduciendo la eficiencia asignativa⁶⁰.

- (g) Normalmente, el *price cap* es aplicado a través de canastas de prestaciones o servicios, procurándose que los servicios dentro de cada canasta tengan relación con el nivel de competencia que eventualmente puedan enfrentar. Los topes se aplican, entonces, por cada canasta y no por cada servicio⁶¹.

Esta formación de canastas permite flexibilidad a la empresa, dado que puede establecer las tarifas individuales por servicio con libertad, bajo la restricción de que en promedio

⁵⁷ WEISMAN, Dennis L. "Is there 'Hope' for price cap regulation?" *En*: Information Economics and Policy Vol. 14 N° 3, 2002 p. 350, 356 - 357

⁵⁸ SAPPINGTON, David E.M. "Price Regulation" *En*: Handbook of Telecommunications Economics, Vol. 1 (Cave, Majumdar y Vogelsang, editores) Elsevier, 2002 p. 225 - 293

⁵⁹ "In practice both regimes tend to converge, and the level of convergence depends on the frequency of tariff reviews. The shorter the period between tariff reviews, the higher the convergence." GUASCH, José Luis "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right" The World Bank, 2004 p. 113

⁶⁰ ARMSTRONG, Mark y David E.M. SAPPINGTON "Recent Developments in the Theory of Regulation" Mimeo, 2005 p. 60 Disponible en <http://bear.cba.ufl.edu/sappington/PDF/REGCHAPFINAL.pdf> (último acceso: diciembre de 2008)

⁶¹ En 1990 la FCC estableció un régimen RPI-X agrupando servicios en cuatro canastas denominadas "(i) common-line services, (ii) traffic-sensitive services, (iii) special access services y (iv) interexchange services" KENNEDY, Charles H. "An Introduction to U.S. Telecommunications Law" Artech House, 2001 p. 28

(ponderado) se cumpla con el precio tope. Por ello, la empresa diseña la estructura de precios, y no el regulador.

El RETA establece disposiciones específicas en relación a la aplicación del régimen de *price cap* en las concesiones sujetas a la competencia de OSITRAN. No obstante, reiteramos, estas disposiciones son supletorias a los términos pactados en los contratos de concesión⁶².

III.5. Servicios especiales

Como se ha descrito previamente, para determinados contratos de concesión la distinción entre servicios estándar y servicios especiales es extremadamente importante, pues define si el regulador puede o no imponerle tarifas reguladas.

En procedimientos de años anteriores, las discusiones entre OSITRAN y empresas concesionarias se centraron en determinar si determinada prestación constituía un servicio especial o se trataba de una prestación que se encontraba incluida en el servicio estándar. Si bien se trata de una evaluación operativa portuaria⁶³, a continuación detallamos un listado de los servicios que han sido calificados como servicios especiales sujetos a regulación tarifaria por el OSITRAN, para el caso de la concesión del Terminal Norte Multipropósito del Callao a cargo de APMT⁶⁴.

- (a) Mediante Resolución 60-2013-CD-OSITRAN, publicada el 23 de setiembre de 2013, se determinó la tarifa del servicio especial de tratamiento especial de carga fraccionada peligrosa, en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
- (b) En la Resolución 11-2013-CD-OSITRAN, publicada el 4 de abril de 2013, se determinaron las tarifa máximas de los servicios especiales (i) servicio de re-estribo de carga rodante, en sus dos modalidades (vía nave y vía muelle), (ii) servicio de re-estribo de carga fraccionada, en sus dos modalidades (vía nave y vía muelle) y (iii) servicio de embarque/descarga de carga de proyecto, en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

⁶² El RETA describe al mecanismo *price cap* en su Anexo I: "1.2.1. Revisión Tarifaria por Precios Tope o Máximos. En cada oportunidad en que corresponda que el OSITRAN revise las Tarifas Máximas, deberá analizar las condiciones de competencia de los servicios regulados. La regulación tarifaria sobre cualquier servicio será dejada sin efecto por el OSITRAN de comprobarse que existe competencia en dicho servicio. A continuación se expone la metodología de RPI - X para implementar reajustes tarifarios. El mecanismo RPI - X genera incentivos para la minimización de costos, pues las ganancias adicionales de productividad por encima del factor X (factor de productividad) son retenidas por la Entidad Prestadora. En tal sentido, este mecanismo de revisión provee fuertes incentivos para que la empresa reduzca sus costos, permitiendo a la vez que los beneficios de dichas reducciones se trasladen periódicamente al usuario. Su aplicación está asociada principalmente a servicios de los sectores portuarios y aeroportuarios. La revisión se implementa sobre la base de tarifas máximas vigentes previamente determinadas por el OSITRAN o de tarifas máximas establecidas en los Contratos de Concesión. En ambos casos, dichas tarifas máximas preestablecidas constituyen el punto de partida para la implementación de las revisiones tarifarias."

⁶³ "[L]os servicios estándar y especiales son actividades portuarias que han sido agrupadas siguiendo claramente criterios operativos portuarios, dejándose de lado cualquier otro criterio regulatorio en sus definiciones." OSITRAN, Resolución 33-2014-CD/OSITRAN.

⁶⁴ Cada uno de los servicios es descrito en detalle en los antecedentes de cada una de las decisiones. Esta descripción tiene impacto directo en la evaluación del regulador, por lo que la denominación de los servicios no necesariamente describe de forma completa los servicios evaluados.

- (c) Mediante Resolución 63-2013-CD-OSITRAN, publicada el 15 de noviembre de 2013, se estableció la tarifa máxima del servicio especial de uso de barrera de contención en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
- (d) Mediante Resolución 4-2014-CD-OSITRAN, publicada el 31 de enero de 2014, se resolvió declarar improcedente la solicitud de tarifas del servicio denominado suministro a las naves desde muelles en su componente carga/descarga de suministros menores a la nave, presentada por APMT, por considerar que se trataba de una prestación del servicio estándar.
- (e) Mediante Resolución 32-2014-CD/OSITRAN, de 10 de julio de 2014 (confirmado por Resolución 46-2014-CD/OSITRAN) se declaró que el servicio denominado “incremento de productividad en la carga/descarga de contenedores como grúa pórtico muelle” no califica como servicio especial, sino que forma parte del servicio estándar.
- (f) Mediante Resolución 33-2014-CD-OSITRAN, publicada el 21 de julio de 2014, se resolvió determinar la tarifa máximas del servicio especial de provisión de equipamiento para incrementar productividad a solicitud del usuario, para carga fraccionada y carga sólida.⁶⁵
- (g) Mediante Resolución 36-2014-CD-OSITRAN, del 24 de julio de 2014, se resolvió declarar improcedente la solicitud de tarifas del servicio denominado regulación del movimiento de cereales entre equipo de muelle y camiones, presentada por APMT, por considerar que se trataba de una prestación del servicio estándar.

De otro lado, OSITRAN ha declarado que ciertos servicios, inicialmente planteados por la concesionaria como servicios especiales, constituían parte del servicio estándar, por lo que la empresa no podía cobrar una tarifa adicional a la ya existente para el servicio estándar. Un ejemplo de ello es la Resolución 12-2013-CD/OSITRAN, del 30 de abril de 2013, en la cual el regulador concluye que el denominado servicio de “trinca y/o destrinca de carga fraccionada” formaba parte del servicio estándar. Otro ejemplo es la Resolución 4-2014-CD/OSITRAN, del 17 de enero de 2014, en la cual se sustentó que el denominado servicio de “carga/descarga de suministro menores a las naves” formaba parte del servicio estándar de embarque de carga fraccionada. Asimismo, la Resolución 49-2013-CD/OSITRAN, del 7 de agosto de 2013, señaló que el denominado servicio de “corte y vaciado de sacos en bodegas de la nave” formaba parte del servicio estándar de estiba y desestiba que el concesionario está obligado a prestar como servicio estándar. Para el caso de TPE se emitió la Resolución 40-2012-CD/OSITRAN, del 6 de diciembre de 2012, en la cual se señaló que las actividades de apertura y cierre de grifos u operaciones con bombas de fluidos, tanto en tierra como en nave, forman parte del servicio estándar, al ser indispensables para completar el proceso de embarque o descarga.

De otro lado, cabe mencionar un caso particular en el cual el OSITRAN determinó que un servicio a ser prestado por APMT no es considerado un servicio portuario, no siendo por lo tanto procedente la fijación de una tarifa, a pesar de la solicitud presentada por la sociedad concesionaria. En efecto, mediante Resolución de Consejo Directivo

⁶⁵ Los valores tarifarios fueron modificados por la Resolución 51-2014-CS/OSITRAN al haber sido declarado fundado en parte un recurso presentado por la empresa.

13-2013-CD-OSITRAN del 30 de abril de 2013, publicada en el Diario Oficial el 10 de mayo de 2013, se resolvió declarar improcedente la solicitud presentada por APMT para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del servicio especial de lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones. Ello sin perjuicio de que el INDECOPI determinó que no existían condiciones de competencia de dicho servicio.

Al respecto, en el Informe 8-13-GRE-GAL-OSITRAN del 19 de abril de 2013, se propuso declarar improcedente la solicitud presentada por APMT debido a que el servicio de lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones, si bien no se brindaba en condiciones de competencia, no constituye un servicio que implique la explotación de la infraestructura de transporte de uso público; requisito indispensable para dar inicio a un procedimiento de fijación tarifaria conforme a lo señalado en el artículo 11 del RETA. OSITRAN concluyó que el lavado de llantas y/o carrocería externa de camiones está referido exclusivamente a la atención de camiones, sin que exista la prestación de un servicio de provisión de infraestructura que contribuya con facilitar el transporte de mercancía ni el intercambio modal, lo cual es un requisito esencial para el inicio del procedimiento tarifario. La decisión del OSITRAN fue impugnada por APMT, resolviéndose mediante Resolución 40-2013-CD-OSITRAN, del 1 de julio de 2013, publicada en el Diario Oficial el 8 de julio de 2013, declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por APMT. Debido a ello, en la evaluación de los servicios a ser sometidos a OSITRAN a efectos de fijación de tarifas como servicios especiales, debe tenerse en consideración que el regulador sólo establecerá tarifas para servicios portuarios, los servicios no portuarios no estarán sujetos a regulación tarifaria. Además evaluará si el servicio propuesto forma parte o no de un servicio estándar ya previsto en el contrato de concesión. Sólo luego de ello, al considerarse como servicio especial, establecerá la tarifa; siempre que el contrato de concesión se lo permita.

En resumen, conforme a lo dispuesto en el RLSPN y el RETA, INDECOPI establece si hay o no competencia en la prestación del servicio a evaluar. Si no hay competencia, OSITRAN determina:

- (a) Si se trata de un servicio portuario. Si no lo es termina el procedimiento y no establece tarifa.
- (b) Si se trata de un servicio ya incluido en el Servicio Estándar. Si es así termina el procedimiento y no establece tarifa específica. El Concesionario no puede cobrar tarifa adicional.
- (c) Si se trata de un Servicio Especial inicia el procedimiento tarifario a efectos de establecer la tarifa aplicable.

III.6. Caso excepcional de regulación tarifaria en puertos de titularidad privada

El artículo 20 de la LSPN y el artículo 20 del RLSPN, establecen el régimen excepcional en el que un puerto de titularidad privada se sujetará a regulación tarifaria.

Existe la obligación por parte de los terminales portuarios de informar a la APN el volumen anual de carga, separando la carga propia y de vinculados de la carga de terceros. Cuando un puerto es de uso privado y el porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75% del volumen anual de carga movilizada

en las instalaciones portuarias, la APN debe solicitar a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI una opinión técnica respecto a si existe competencia entre los servicios prestados por los puertos de uso público y los puertos de uso privado en la zona de influencia comercial.

En caso que en opinión de INDECOPI no exista competencia, las tarifas máximas que se podrán cobrar serán las tarifas máximas establecidas para servicios portuarios en puertos de uso público en la zona de influencia comercial del terminal.

Le corresponderá a la APN velar por la correcta aplicación de las tarifas máximas, es así que en el Reglamento del Régimen General de Infracciones y Sanciones para la Actividad Portuaria, aprobado por Decreto Supremo 8-2008-MTC, tipifica en su numeral C-3 como una infracción leve, el hecho de que el administrador del puerto privado de uso exclusivo no se someta al régimen tarifario aplicable para los puertos de uso público cuando preste servicios a terceros no vinculados, superando el 75% del volumen anual de carga durante el ejercicio anterior .

El REGO, al establecer la definición de Infraestructura, señala que “[s]e encuentran excluidas del concepto de infraestructura para efectos de la presente norma: (...) La infraestructura de uso privado, entendiéndose como tal a la utilizada por su titular para efecto de su propia actividad y siempre que no sea utilizada para brindar servicios a terceros a cambio de una contraprestación económica. En consecuencia, no es infraestructura portuaria de uso privado, aquella a que se refiere el artículo 20 del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC.” Ello implica que este último tipo de infraestructura se encuentra bajo el ámbito de competencia de OSITRAN.

Lo cierto es que a la fecha este supuesto no se ha producido en la práctica, por lo que no existe experiencia real en la aplicación de este régimen excepcional.

IV. A manera de conclusiones

El diseño institucional del mercado de servicios portuarios concesionados en el Perú implica el otorgamiento de concesiones a través de concursos, en los cuales un factor de competencia pueden ser los valores de las tarifas. Sin perjuicio de ello, el sistema peruano incluye a un organismo regulador, que entre otras funciones, ostenta potestad tarifaria.

Los términos de los contratos de concesión deben ser respetados por el regulador, y por ello sus normas son de aplicación supletoria, debiendo primar lo pactado en los contratos.

Los contratos de concesiones portuarias autosostenibles han incluido típicamente una distinción entre servicios estándar y servicios especiales. En algunos de ellos los servicios especiales se sujetan a precios libres a ser determinados por el concesionario, en los más recientes se aplica la regla general según la cual si no existe competencia en la prestación (situación a ser definida por INDECOPI) el regulador establecerá tarifas.

La regulación tarifaria de servicios portuarios concesionados ha tenido su mayor desarrollo en los últimos años, debido a que el régimen de las concesiones más recientes permite la regulación tarifaria de los servicios especiales. De esta manera el regulador

ha realizado en diversas oportunidades evaluaciones en relación a la calificación de servicios como servicios portuarios o no portuarios, y dentro de los primeros definir si son servicios estándar o servicios especiales.

Para los servicios sometidos a regulación tarifaria, las concesiones autosostenibles han adoptado el mecanismo de regulación tarifaria *price cap* (o precios tope), que implica una variación del valor de las tarifas, ajustado por inflación, en un porcentaje denominado factor de productividad, a ser calculado por el regulador conforme a lo dispuesto por cada contrato de concesión.

El Estado peruano pretende otorgar en concesión varios puertos en el corto plazo. La regulación tarifaria de detalle debe ser conocida por todos aquellos interesados, privados o públicos, tanto en el diseño como para el otorgamiento y ejecución de dichas concesiones. Este trabajo pretende ayudar a dicho objetivo.