



ANÁLISIS DEL MODELO DE CONCESIÓN DEL PUERTO DE MATARANI

**Preparado por
Lorena Alcázar**

Mayo 2004

El contenido de este documento representa la opinión de los autores del mismo y no necesariamente del Proyecto CRECER, de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de América (USAID) o del Gobierno del Perú. El Proyecto CRECER no da fe de la exactitud o confiabilidad de ninguna información proporcionada en Internet o publicaciones de terceros que estén vinculados con este documento.

1. INTRODUCCIÓN

La introducción de participación privada en los puertos puede llevarse a cabo de diferentes formas, las cuales se definen por elementos tales como el modelo de organización (*landlord, tool* o *service*), el tipo de competencia (inter-portuaria, intra-portuaria o intra-terminal), el número de operadores (mono-operador o multi-operador), la herramienta empleada para la reforma (un espectro que va desde un contrato de administración hasta la venta de activos) y el mecanismo de selección del operador, entre otros.

El modelo de concesión incorpora diferentes objetivos de acuerdo a las prioridades establecidas por el Gobierno, aunque el más importante de todos debería ser el incremento de la eficiencia en la prestación de los servicios y la reducción de costos para los usuarios. El diseño de un modelo de concesión adecuado es un punto central para la participación del sector privado en un proyecto de infraestructura. Según el planteamiento de Williamson (1985, 1988), Sappington y Stiglitz (1987), y Klein (1992), las características del proceso utilizado para el traslado del monopolio estatal al sector privado (que se traduce en el modelo de concesión) y la adecuación que existe entre éste y la dotación institucional del país¹ constituyen los dos determinantes más importantes del desempeño que va a tener un monopolio privado. Un elemento relevante es la definición de incentivos creíbles², para asegurar que el operador privado actúe eficientemente y en beneficio del país.

El objetivo de este documento es analizar de una forma crítica el modelo utilizado en el puerto de Matarani, identificar elementos del modelo alternativos que se pudo haber implementado y analizar cómo ellos podrían haber afectado los resultados de la concesión. En las primeras dos secciones, se presenta las formas en que se puede organizar un puerto identificadas por la literatura especializada y de algunas experiencias latinoamericanas en concesiones portuarias. A continuación, se analiza el modelo aplicado en el caso del terminal portuario de Matarani. Finalmente, se plantea algunas alternativas a considerar para el modelo de concesión.

2. MODELOS DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA

La interacción de numerosos agentes y los múltiples servicios que se requiere para el funcionamiento de un puerto generan cierto grado de complejidad en el sector portuario. Por ello, la organización que asume un puerto determina, hasta cierto punto, qué tan eficientemente cumple con su finalidad. Entre otros factores, la estructura socioeconómica e institucional de un país, la ubicación del puerto y los tipos de carga que atiende influyen sobre la forma en que se estructura y administra un puerto. Como resultado de ello, existe más de una forma en que puede organizarse un puerto, las cuales se puede categorizar en tres modelos básicos: *landlord, tool* y *service*. Estos modelos se distinguen por características tales como³:

- Propiedad de la infraestructura, superestructura y el equipo.
- Explotación de los activos.
- Administración del puerto y situación de los trabajadores.
- Orientación local, regional o global.

¹ Gallardo (2000) pone énfasis en las restricciones institucionales existentes en los países en desarrollo, debido a que “el diseño regulatorio que apunta directamente a la solución al problema de la credibilidad de los gobiernos ha sido relevante en los amplios procesos de privatización que han tomado lugar en diferentes economías de la orbe” (p. 48).

² McCubbins, Noll, y Weingast (1989) remarcan que se necesita que la legislación asegure que habrá regulación del monopolio y que proveerá de la estructura institucional y los procedimientos administrativos necesarios que aseguren el cumplimiento de los contratos firmados.

³ Port Reform Toolkit, module 3, p. 17 y Juhel (2001), p. 146.

- La provisión pública, privada o mixta de los servicios⁴.

En un puerto organizado bajo el modelo *service*, la autoridad portuaria es responsable del puerto como conjunto y se encarga de ofrecer los servicios necesarios para su funcionamiento. De esta manera, es propietaria de la infraestructura, superestructura y equipo, se encarga directamente de contratar al personal necesario y la provisión de los servicios relacionados al manejo de la carga⁵. La autoridad portuaria puede ser tanto privada como pública (aunque esto último parece ser más frecuente). La principal ventaja que podemos identificar en un puerto organizado de esta manera es la posibilidad de ofrecer de forma integrada sus servicios, lo cual podría redundar en menores tarifas para los usuarios; sin embargo, la competencia en el mercado podría reducirse significativamente o ser prácticamente nula, lo cual sería una fuente potencial de ineficiencia. Aunque cabe mencionar que existen alternativas para la generación de competencia en un esquema como éste, tales como un mecanismo de competencia por el mercado (Demsetz), el fomento de competencia con otros puertos o entre medios de transporte

En el modelo de puerto *tool* la autoridad portuaria es propietaria, desarrolla y mantiene la infraestructura, superestructura y equipo. El personal de esta entidad usualmente opera dichos activos (lo cual incluye el equipo para el manipuleo de la carga, como grúas o elevadores)⁶. Sin embargo, la provisión de los servicios relacionados al manejo de la carga (en cubierta y en el muelle) la realizan operadores, los cuales cuentan con licencias o concesiones de la autoridad portuaria y alquilan activos a ésta⁷. En general, la autoridad portuaria es pública y los operadores son firmas privadas. Una de las ventajas de este modelo es la introducción de competencia mediante la presencia de diferentes operadores. El principal problema que presenta este esquema se refiere a la división de las responsabilidades operativas, que pueden derivar en falta de coordinación y conflictos entre los operadores y la autoridad portuaria; además, existe una tendencia de los operadores a ser empresas pequeñas sin mucha inversión en activos⁸.

En el modelo de puerto *landlord* la propiedad de la infraestructura (incluyendo la tierra y accesos al puerto) y la administración de ésta recaen sobre la autoridad portuaria, que adquiere también una función regulatoria⁹. Lo más frecuente es una autoridad portuaria pública. La infraestructura se entrega en concesión a compañías privadas (generalmente, a largo plazo), las cuales se encargan del desarrollo y mantenimiento de la superestructura y equipos (son propietarias de ellos), así como la contratación del personal en el puerto¹⁰. En este esquema, el conjunto de servicios portuarios para el manejo de carga son provistos por empresas privadas en competencia. La participación de mercado de cada uno de estos proveedores de servicios debería ser suficiente para que sean posibles inversiones en la superestructura y equipo¹¹. En ese sentido, uno de los riesgos de este modelo es la

⁴ La distinción entre los modelos de administración que presentamos, respecto a quién se encarga de proveer los servicios, se refiere al grupo de conceptos relacionados al manejo de carga (estiba, servicios en el terminal y almacenamiento). Otros servicios, como el practicaje o remolcaje, pueden ser prestados indistintamente por el sector público o privado sin que ello cambie el modelo de organización en cuestión.

⁵ Trujillo y Nombela (1999), p. 11.

⁶ Port Reform Toolkit, module 3, p. 17.

⁷ Trujillo y Nombela (1999), p. 11.

⁸ Port Reform Toolkit, module 3, p. 18.

⁹ Juhel, 2001, p. 147.

¹⁰ Port Reform Toolkit, module 3, p. 18.

¹¹ Juhel, 2001, p.148.

realización de muchas inversiones que generen un exceso de capacidad debido a la presencia de varios operadores en el mercado¹².

Cuadro 1: Modelos básicos de Administración Portuaria

| | Infraestructura | Superestructura | Manejo de carga | Otros servicios |
|--------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| <i>Service</i> (público) | Público | Público | Público | Generalmente públicos |
| <i>Tool</i> | Público | Público | Privado | Público / Privado |
| <i>Landlord</i> | Público | Privado | Privado | Público / Privado |
| <i>Service</i> (privado) | Privado | Privado | Privado | Generalmente privados |

Fuente: Basado en Port reform toolkit (2001) y Hoffmann (2002).

Según la estructura diseñada para un puerto o terminal específico, podríamos encontrar soluciones con múltiples operadores o uno solo. En este último caso, el operador se hace cargo de la explotación y mantenimiento del puerto, así como de todas las inversiones necesarias en el puerto (infraestructura y equipo). En los modelos *landlord* y *tool*, el número de operadores posibles en un puerto depende del tamaño de mercado que atiende éste. De acuerdo a Hoffman (2001), el esquema *landlord* usualmente es identificado en Latinoamérica como mono-operador, debido a la existencia de un solo operador que tiene la concesión de un terminal y se encarga en éste de los servicios relacionados al manejo de la carga. Asimismo, añade Hoffman (2001), el modelo *tool* se asocia a una estructura multi-operador: el sector público provee la infraestructura y superestructura, las cuales son utilizadas por diferentes compañías privadas de estiba (un esquema de acceso abierto). La existencia de un único operador para un terminal no significa que el puerto se encuentra en condiciones de monopolio, ya que en él podrían coexistir varios mono-operadores (incluso con terminales multi-operador).

En la industria portuaria se puede observar una tendencia hacia un esquema de propiedad mixta (al menos para puertos de mayor tamaño) y cada vez más hacia el esquema *landlord* (el cual normalmente se conoce en Latinoamérica como mono-operador)¹³. Internacionalmente, existen experiencias enmarcadas en cada una de estas formas de organización. En un documento que se enfoca en los determinantes de la participación privada en este sector, Hoffman (2001) identifica los modelos correspondientes a diferentes puertos en América Latina¹⁴:

- Landlord: Cristóbal Colón (Panamá), Buenos Aires (Argentina), Veracruz y Manzanillo (México), Cartagena y Buenaventura (Colombia), Matarani (Perú).
- Landlord y tool: Santos (Brasil) y San Antonio (Chile).
- Tool: Callao (Perú).
- Tool y service: Puerto Cabello (Venezuela), Puerto Limón-Moin y Caldera (Costa Rica), Guayaquil (Ecuador), Montevideo (Uruguay), Santo Tomás y Quetzal (Guatemala).
- Service: Corinto (Nicaragua), Asunción (Paraguay), Puerto Cortés (Honduras), Acajutla (El Salvador).

¹² Port Reform Toolkit, module 3, p. 20.

¹³ Trujillo y Nombela (1999), p. 12 y Sommer (1999), p. 1, y Hoffmann (2001), p. 223.

¹⁴ Un aspecto que se debería resaltar del estudio realizado por Hoffmann (2001) es la relación que establece entre el tipo de modelo de organización del sector, el grado de avance alcanzado en la participación privada y el éxito percibido en el desempeño de estos puertos. La inclusión de Matarani en esta lista es producto del análisis que presentamos posteriormente, no es contemplado por Hoffmann.

3. CONCESIONES PORTUARIAS EN LATINOAMÉRICA

Las experiencias de concesiones portuarias que se analizará comprenden lo ocurrido en cuatro países de Latinoamérica: Argentina, Chile, Colombia y México. En cada uno de estos casos se tratará de identificar elementos característicos que nos permitan proponer otro esquema o alternativas respecto al modelo en la concesión de Matarani.

3.1. Argentina

En Argentina, los objetivos de la reforma iniciada en 1990 fueron la desregulación, descentralización, la entrega de concesiones en el sector y fomento de la competencia. En este contexto, el proceso de descentralización comprendió la transferencia de grandes puertos sujeta a la creación de entidades administradoras (que se encargarían de entregarlos en concesión) y puertos pequeños directamente a las autoridades provinciales¹⁵. En el caso del puerto de Buenos Aires, éste fue dividido en tres áreas antes de iniciarse el proceso de concesión: Dock Sud (transferido a la provincia de Buenos Aires), Puerto Nuevo (seis terminales que se mantuvieron bajo la jurisdicción federal) y Puerto Sur¹⁶.

En 1994 concluyó el proceso de licitación pública internacional de los terminales de Puerto Nuevo¹⁷. El factor de competencia fue el mayor canon anual pagadero al Gobierno (sobre la base del tráfico esperado)¹⁸ y se permitió que los postores presenten ofertas para más de un terminal (aunque sólo podían resultar ganadores en uno de los procesos). Los terminales fueron entregados a concesionarios distintos, a excepción del 1 y 2 que se asignaron conjuntamente¹⁹. Los plazos para estas concesiones fluctuaban entre dieciocho y veinticinco años.

Los concesionarios obtienen el derecho a explotar y operar los terminales, ya que la titularidad de éstos se mantiene en el Estado. Una de sus principales obligaciones eran las inversiones anuales que debían llevar a cabo (que comprendían infraestructura y equipo pesado); en este aspecto, la autoridad portuaria participa en la supervisión de los trabajos de rehabilitación de la infraestructura y, en algunos casos, contribuye con una cantidad fija para el financiamiento de las obras.

Las operaciones comerciales serían llevadas a cabo por el concesionario, el cual cuenta con exclusividad en las actividades de embarque y desembarque, pero está obligado a garantizar el servicio a cualquiera que lo demande²⁰. El concesionario debía alcanzar volúmenes de

¹⁵ Estache y Carbajo (1996), note No. 100, p. 1-2.

¹⁶ La Ley de Puertos establecía la transferencia de los puertos a la administración de las provincias, lo que estaba supeditado en el caso de Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe a la creación de sociedades de derecho privado o entes públicos no estatales que asuman dicha función (con participación de la provincia, operadores, prestadores de servicios, productores, usuarios, trabajadores y demás vinculados a la actividad). El puerto de Buenos Aires es el único que se mantiene bajo la administración de la Administración General de Puertos (en liquidación), en la medida que no se ha creado aún la respectiva sociedad administradora.

¹⁷ La información sobre la concesión del puerto de Buenos Aires se tomó de Estache y Carbajo (1996), Urbiztondo (1998), Port Reform Toolkit, module 2, Hoffman (2001), Trujillo y Nombela (1999), Sgut (2000).

¹⁸ En particular, se estipulaba un pago por tonelada, que era diferente según el tipo de operación.

¹⁹ Los terminales 1 y 2 fueron entregados a River Plate Container Terminal, el 3 a Terminales Portuarias Argentinas S.A., el 4 a Terminales Cuatro S.A., el 5 a Buenos Aires Container Terminal Service y el 6 a Interfema de Buenos Aires S.A.

²⁰ Específicamente, según señalan Trujillo y Nombela (1999), el concesionario es proveedor exclusivo de los servicios de recepción, despacho, estiba y almacenamiento de la carga, control administrativo de las operaciones de carga y descarga, atraque y desatraque de las naves, uso de muelle y cualquier otro servicio a las naves o la carga que promueva la eficiencia y mejora del terminal.

carga cada año para evitar que la autoridad portuaria le imponga una penalidad financiera, lo cual constituye una meta de desempeño. Los concesionarios establecen en el contrato las tarifas por los servicios a la carga, sujetas a un tope que fija el Gobierno. No obstante, de acuerdo a las condiciones de oferta y demanda, se permitía solicitar ajustes tarifarios a la autoridad portuaria. En este esquema, se prohíbe la cooperación entre terminales, con el fin de impedir acciones oligopólicas en contra de la competencia.

En el aspecto laboral, los concesionarios deberían contratar (en las condiciones existentes) a los empleados de entidades públicas que operaban previamente en el puerto o hacerse cargo de la suscripción de acuerdos para el retiro voluntario. Sin embargo, ello habría generado que inicien sus operaciones con una cantidad excesiva de personal²¹.

El tráfico promedio en Puerto Nuevo se encuentra alrededor de 5.8 millones de toneladas anuales (1995 – 2003) con una tendencia creciente y una participación de un 90% correspondiente a contenedores. En particular, los terminales 1, 2 y 5 son especializados en contenedores, en tanto que el 3 y 4 son multipropósito (una gran proporción del tráfico corresponde a contenedores, pero también atienden cargas fraccionadas).

En 1995, la provincia de Buenos Aires entregó en concesión Dock Sud (especializado también en el movimiento de contenedores) a Exolgan por 30 años. A cambio de ello, el concesionario entrega un canon negociado directamente con la provincia, el cual consiste en una tasa por tonelada movilizada con un volumen mínimo que se debe asegurar a la autoridad portuaria. En este caso se han pactado mayores inversiones que los terminales correspondientes a Puerto Nuevo, pero Exolgan está obligado a pagar un canon menor por la concesión. Un elemento importante, es que el concesionario era propietario de un terreno adyacente que se utilizó luego para la operación del puerto. Además, se debe remarcar la ventaja que tiene respecto de las concesiones previamente otorgadas (en cuanto a la disponibilidad de información), por haber sido entregada después.

En la concesión de los terminales correspondientes al puerto de Buenos Aires, la proximidad geográfica de Puerto Nuevo y Dock Sud generó una fuerte competencia que incidió sobre la reducción de las tarifas de embarque²². De este modo, considerando el tamaño de mercado y el número de operadores, se habría generado una solución ineficiente. En el caso específico de Puerto Nuevo, un problema significativo fueron las proyecciones iniciales poco realistas que generaron ofertas muy optimistas²³, situación que se agravó con la presencia de un competidor adicional (Exolgan) no previsto por los postores. Como resultado de ello y las menores tarifas, el terminal 6 cerró y se declaró en bancarrota dicho concesionario hacia fines de 1995. Adicionalmente, a pesar que el factor de competencia estaba basado en el mayor canon, se permitía realizar un ajuste de éste para que se cubran los gastos de administración y servicios comunes del puerto, hecho que efectivamente ocurrió a cinco meses de iniciada la concesión²⁴.

En líneas generales, las consecuencias de la reforma del sector y la concesión de los terminales en el puerto de Buenos Aires parecen haber sido positivas. Estache y Carbajo (1996) refieren como principales resultados la reducción de tarifas y una mejora significativa de la productividad del trabajo (debido a la reducción del empleo). Además, Hoffmann (2001) añade a ello un incremento en la movilización de carga; no obstante, menciona como críticas

²¹ Port Reform Toolkit, module 3, p. 5.

²² Urbiztondo (1998), p. 1.

²³ Estache y Carbajo (1996), note No. 100, p. 4.

²⁴ De acuerdo a Urbiztondo (1998), en dicho momento la Administración General de Puertos determinó una reducción del 25% del canon de los concesionarios.

la percepción de condiciones desiguales para los concesionarios (respecto de Exolgan) y un exceso de competencia.

Los aspectos principales que creemos se pueden rescatar de este modelo comprenden la vinculación del canon pagadero anualmente a la evolución del tráfico, la exclusividad del servicio de transferencia (embarque y descarga) para el concesionario y la aplicación de penalidades si no se alcanza volúmenes de carga específicos cada año. También resulta interesante el esquema que se trató de adoptar para el fomento de mayor competencia al interior del puerto, aunque es importante tomar en cuenta que en la práctica se podría haber generado un nivel excesivo de competencia.

3.2. Chile

En 1981, el sistema portuario chileno fue objeto de cambios normativos²⁵ que hicieron posible una mayor participación del sector privado en la prestación de servicios. Progresivamente, se permitió que firmas de estiba se encarguen de realizar todos los servicios de transferencia de carga en los puertos estatales administrados por la Empresa Portuaria de Chile (Emporchi)²⁶. De esta manera, la organización de los puertos estatales chilenos se convirtió en un sistema multi-operador. Los problemas que presentó dicho esquema (básicamente, pocos incentivos para la inversión en equipo y el uso ineficiente del espacio en los puertos) y las medidas fallidas que llevó a cabo Emporchi, hicieron necesario un proceso más profundo de reforma en el sector.

La entrada en vigencia de la ley No. 19542 de Modernización del sector portuario estatal significó una serie de cambios importantes²⁷. En 1998, se crearon diez Empresas Portuarias Estatales (sucesoras de Emporchi) para los puertos de titularidad pública²⁸, autónomas entre sí y que tienen como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario. Sin embargo, la prestación de los servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga y el porteo en los recintos portuarios deben ser realizados por particulares debidamente habilitados (sólo de forma excepcional por las propias empresas portuarias); las labores de almacenamiento y acopio pueden ser realizadas con la participación de éstas o por particulares. El objetivo final era que las empresas portuarias contraten estos servicios con privados, a través licencias o concesiones.

En cada una de las empresas portuarias existe un calendario referencial de inversiones, el cual enmarca sus acciones en un periodo mínimo de cinco años, contiene el programa de inversiones (ejecutadas por particulares o la empresa) y comprende una programación indicativa de los llamados a licitación para concesiones portuarias. Uno de los requisitos para otorgar un frente de atraque en concesión es que exista otro capaz de atender las mismas naves en los puertos o terminales estatales de la región (en caso ello no se cumpla, se exige un informe previo que establezca los términos en que se debía realizarse ésta). En aquellos terminales o sitios de atraque que se encuentran bajo la administración de compañías públicas, se mantiene un esquema multi-operador, en el cual diversas empresas privadas se encargan de prestar los servicios de movilización de carga.

²⁵ Trujillo y Nombela (1999) mencionan entre éstos la eliminación de del monopolio de la Empresa Portuaria de Chile (Emporchi) en las operaciones de embarque y del sistema de licencias para la estiba.

²⁶ Foxley y Mardones (2000), note No. 223, p. 1.

²⁷ La información sobre la reforma y concesión de puertos chilenos se tomó de Foxley y Mardones (2000), Trujillo y Nombela (1999), Hoffman (2001), Sepúlveda (2003), la ley No. 19542 y páginas en *internet* de puertos chilenos.

²⁸ Los cuales incluyen a Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano, San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco, Punta Arenas y Puerto Natales. Además de éstos, Chile cuenta con aproximadamente 25 puertos privados.

Al inicio del año 2000, terminales de cuatro puertos importantes del Estado se entregaron en concesión a operadores privados (San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Valparaíso e Iquique)²⁹. El Gobierno chileno llevó a cabo algunas acciones para generar incentivos para potenciales inversionistas: se fijó tarifas mínimas para los terminales no concesionados de propiedad del Estado por cinco años, se estipuló que los procesos para los principales terminales fueran simultáneos³⁰ y se elaboraron documentos similares para éstos³¹. Asimismo, debemos indicar que en el 2003 se entregó en concesión el frente de atraque No. 2 del puerto de Antofagasta y, en la actualidad, se está llevando a cabo la licitación internacional del frente de atraque No. 1 del puerto de Arica (iniciado a principios del 2004).

Las concesiones en el nuevo modelo son bajo un esquema mono-operador: una sola compañía o consorcio se hace cargo de la concesión de un terminal (o un puerto) y la prestación del servicio de movilización de carga, para lo cual será responsable de operarlo, mantenerlo, así como de las inversiones en equipo e infraestructura. El factor de competencia en el proceso de selección combinó dos elementos: el ganador sería el postor que ofrezca la mínima tarifa máxima (un índice de los cargos para cuatro servicios básicos), pero si ésta era igual al piso pre-fijado³² el empate sería definido a través del mayor pago inicial ofrecido al Estado. A pesar que algunos servicios estaban sujetos a tarifas máximas fijadas en el contrato de concesión, el concesionario estaba permitido a cobrar cargos especiales si proveía servicios con valor agregado (lo cual era un incentivo para la inversión en mejores servicios), pero sólo si mantiene los servicios básicos. Las tarifas por los servicios de cada concesionario deberían ser públicas y se prohibió la discriminación entre clientes (aunque se permitía descuentos por volumen).

La contraprestación de los concesionarios a las Empresas Portuarias Estatales consistía en el pago de una renta anual, la cual tenía un monto mínimo y se incrementaba de acuerdo al mayor volumen movilizado (con lo cual compartían, de cierta manera, el riesgo comercial de la operación). El cálculo del valor mínimo para esta renta se realiza con una regla fija que consiste en aplicar una tasa de interés específica sobre el valor contable de los activos entregados en concesión.

Las inversiones no fueron definidas explícitamente, pero se impuso penalidades para un servicio lento³³ y reglas para una mejora progresiva de los estándares de servicios durante la duración de la concesión. El conjunto de obras realizadas por los concesionarios privados revierten a favor de la Empresa Portuaria Estatal al final del periodo de concesión. Para evitar los desincentivos de invertir al final del periodo de concesión, el concesionario podía retirar las mejoras que hubiere introducido en los bienes concesionados que puedan separarse sin detrimento de éstos, y sería compensado por la parte no depreciada de activos fijos. Además, el periodo de concesión podría ser extendido si se cumplía con ciertas inversiones (fijadas contractualmente) desde el inicio de la concesión. La ley No. 19542 fijaba un plazo máximo de 30 años para la concesión de frentes de atraque.

²⁹ En este proceso también se convocó a la concesión del puerto de Arica, la cual fue declarada desierta.

³⁰ Para evitar que los postores en un proceso recién iniciado tengan mayor información (por lo tanto, una ventaja) respecto del ganador de uno ya concluido (particularmente, en un escenario en que estos puertos compiten entre sí por su proximidad geográfica).

³¹ Foxley y Mardones (2000), note No. 223, p. 2.

³² En la medida que esta tarifa máxima era un índice, existía cierto margen para el manejo de los concesionarios. Las tarifas incluidas en dicho índice son: uso de muelle a la nave, uso de muelle a la carga, transferencia de contenedores y transferencia de carga fraccionada (las dos últimas cobradas por empresas de estiba antes del proceso). El establecimiento de un piso se explica para evitar ofertas poco realistas.

³³ En los contratos de concesión se fijaron velocidades de carga/descarga, tiempos de espera para las naves y el cálculo de horas inactivas que pudieren ser responsabilidad de los concesionarios.

En lo que respecta a la competencia, se limitó la integración horizontal entre concesionarios o dueños de puertos privados en la misma región (a través de límites en la participación en las acciones de empresas concesionarias). Asimismo, se restringió la integración vertical para evitar acciones discriminatorias que favorezcan a vinculados; con este fin, se estableció reglas anti-discriminación y una participación máxima en las acciones de empresas concesionarias por parte de cualquier actor relevante en el puerto (entendido como una línea naviera, importador o exportador que cuente con una fracción importante del mercado en ese puerto o alguno en la región)³⁴. En el grupo de empresas portuarias, el puerto de San Antonio es el que tiene una mayor magnitud de carga movilizada (aproximadamente, 9.3 millones de toneladas por año entre el 2000 y el 2003), seguido de Talcahuano/San Vicente, Valparaíso y Antofagasta (en ese orden, de acuerdo al tráfico promedio).

En cuanto a los principales efectos del modelo aplicado, Foxley y Mardones (2000) señalan que hay algunos signos positivos en términos de menores tarifas y un servicio más eficiente, aunque quedan aún pendientes otras reformas para completar el proceso de modernización del sector. De acuerdo a Fischer, Gutiérrez y Serra (2002), los resultados de los primeros años de operación superaron las expectativas del gobierno, ya que la eficiencia de los servicios portuarios se incrementó sustancialmente y se logró inversiones significativas.

A partir del análisis de las concesiones portuarias en Chile, podemos extraer algunas características que consideramos relevantes para la discusión posterior. La competencia fue una variable importante en el proceso, de tal manera que resalta la visión de conjunto que comprende la concesión simultánea de varios terminales y las restricciones que se impusieron para la integración (horizontal y vertical). El diseño de las concesiones incluyó algunos elementos para que sean más atractivas al privado y generar incentivos para la realización de mayores inversiones, entre los cuales destacan la fijación de tarifas para terminales no concesionados, la extensión del plazo sujeto a la realización de inversiones y el otorgamiento de exclusividad al concesionario en la movilización de carga (lo cual debería hacer más rentable la operación). El índice tarifario tope mínimo como criterio de selección constituye una alternativa acorde con el objetivo de lograr una reducción de costos para los usuarios. Finalmente, la forma cómo se fija la contraprestación refleja de alguna manera el valor de lo que se entrega en concesión (a través del valor mínimo del canon) y permite compartir alguna fracción del riesgo comercial de la operación (mediante su vinculación a la evolución del tráfico).

3.3. COLOMBIA

La administración y operación de los puertos en el periodo previo a la modernización del sector portuario en Colombia, recaía en una entidad centralizada que ejercía la función de autoridad portuaria: Colpuertos. A inicios de los años setenta, el Gobierno permitió la introducción de puertos privados para el manejo de sus propias cargas, de forma paralela a los terminales administrados por la entidad estatal³⁵. Posteriormente, Colpuertos se transformó en una empresa estatal, pero los puertos en Colombia mantuvieron sus altos costos e ineficiencia³⁶.

En los años noventa, se inicia la reforma del sector portuario y el nuevo modelo de organización a través de la promulgación del Estatuto de los Puertos Marítimos de Colombia

³⁴ De acuerdo a Foxley y Mardones (2000) y Sepúlveda (2003), una firma o sus vinculadas no pueden mantener más del 15% de participación en un concesionario si tienen más del 15% de otro terminal estatal o puerto privado en la misma región. Además, un agente relevante en el puerto no puede tener más del 40% de participación en un concesionario.

³⁵ Gaviria (1998), p. 2.

³⁶ Sepúlveda (2003), p. 19.

(Ley No. 1 de 1991)³⁷. En esta norma, se exigía como requisito para ser titular de una concesión portuaria la constitución de una sociedad portuaria, la cual tiene como objeto la inversión en la construcción y mantenimiento de puertos, la administración de éstos y la prestación de servicios directamente relacionados con la actividad portuaria. A cambio de una concesión, las sociedades portuarias se obligaban a una contraprestación económica a favor del Estado, la cual se define periódicamente a través de planes de expansión portuaria (instrumento elaborado por las autoridades del sector cada dos años) y se divide entre la Nación y el distrito en que se ubica el puerto.

En este proceso, se disolvió Colpuertos y se organizó concesiones separadas para cada puerto que era administrado por dicha entidad. En cada caso, se convocó a entidades públicas y a privados para la constitución de sociedades portuarias regionales³⁸. La empresa de Puertos de Colombia aportaría a estas sociedades activos que sean necesarios para la operación de los puertos y estaban bajo su administración, a cambio de los cuales se reconocía un aporte en nombre de la nación. El Estado asumió el pago de pensiones, prestaciones sociales e indemnizaciones, así como las deudas de Colpuertos.

De esta manera, se entregó la administración de los puertos de carga general a sociedades portuarias regionales autónomas, en las que se fomentaba una estructura de propiedad compuesta por el sector privado y público³⁹. La participación correspondiente al sector público estaba dividida entre el gobierno central e instancias descentralizadas. En el grupo de privados se encuentran, entre otros, usuarios finales (importadores y exportadores), operadores portuarios, líneas navieras, gremios y ex-trabajadores.

En lo que respecta a las inversiones, aquellas correspondientes al mantenimiento y expansión de los puertos están a cargo de las sociedades portuarias, las que se realizan acorde con los planes de expansión portuaria. Además, se establece que una vez terminada la concesión, se ceden gratuitamente al estado construcciones e inmuebles ubicados en las zonas de uso público objeto de ésta. El plazo para las concesiones es de 20 años, susceptible de renovación por un periodo similar sucesivamente; no obstante, se permite un plazo mayor para la recuperación del valor de sus inversiones⁴⁰.

La regulación en el sector recae sobre la Superintendencia General de Puertos (SGP)⁴¹, la cual tiene como funciones principales: otorgar las concesiones portuarias, autorizar cambios en ellas concesiones y declarar su caducidad, establecer lineamientos para las tarifas, prevenir la competencia en condiciones desiguales y definir algunas condiciones técnicas para la operación de los puertos. La SGP establece y revisa periódicamente (según el plan de expansión portuaria) las fórmulas generales para el cálculo de tarifas. Los concesionarios pueden fijar las tarifas siguiendo el marco establecido por el regulador; sin embargo, si éstas no se ajustan a las fórmulas o hubo modificaciones no justificadas, la SGP las fija

³⁷ La información sobre la reforma y concesión de puertos colombianos se tomó de Gaviria (1998), Hoffman (2001), Sepúlveda (2003), el Estatuto de los Puertos Marítimos de Colombia (Ley No. 1 de 1991) y páginas en *internet* de las sociedades portuarias.

³⁸ Cabe señalar que además de los puertos existentes, la norma en cuestión regulaba el procedimiento para el otorgamiento de concesiones para la construcción de nuevos puertos, potestad asignada a la Superintendencia General de Puertos.

³⁹ En principio, Gaviria (1998) señala que la división de las participaciones estaba constituida por un 70% privado y un 30% público. No obstante, la estructura de propiedad de los concesionarios que resultaron ganadores en cada puerto no es la misma.

⁴⁰ Por ejemplo, la duración de las concesiones a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta y a la Sociedad Portuaria Muelles El Bosque (Cartagena) es de 20 años, mientras que el plazo de concesión para la Sociedad Portuaria de Cartagena es de 40 años.

⁴¹ En la actualidad, convertida en la Superintendencia de Puertos y Transporte.

directamente. En los casos en que el plan de expansión portuaria determine que el número de sociedades portuarias y la oferta de servicios de infraestructura es lo suficientemente amplio, puede autorizar a las sociedades portuarias (o quienes presten los servicios respectivos) a fijar libremente sus tarifas.

La nueva normativa eliminó prácticas laborales restrictivas y permitió la libre competencia en la prestación de servicios de estiba en cada puerto. Las sociedades portuarias pueden prestar todos los servicios propios del puerto directamente, contratar con terceros la realización de alguna de estas actividades o permitir que éstos presten servicios dentro de sus instalaciones⁴². Las actividades que realizan los terceros se llevan a cabo con equipos propios o con equipo que se arrienda a la sociedad portuaria. De este modo, la superestructura es utilizada tanto por la sociedad portuaria como por las compañías de estiba. En la medida que las sociedades portuarias compiten con empresas de estiba y pueden tener ventajas sobre éstas, el regulador tiene un rol importante que cumplir.

En cuanto al tráfico, las siete sociedades portuarias regionales que encontramos en el 2001 tienen una participación aproximada de 20% del sistema portuario colombiano⁴³. Algunos análisis realizados sobre el proceso muestran un balance positivo, aunque éste no se encuentra exento de críticas. Gaviria (1998) indica que las reformas en el sistema portuario colombiano han llevado a incrementos en la productividad, menores tarifas para los usuarios y atractivos retornos para los concesionarios; empero, la falta de claridad en los roles de las partes involucradas en el sector hizo poco atractiva la participación para operadores portuarios internacionales y ha permitido un mayor intervencionismo del regulador en el tiempo. Según Hoffmann (2001), desde que se iniciaron las reformas han mejorado algunos indicadores de los puertos (como el tiempo de espera de la nave en el puerto y la velocidad de transferencia) y se ha incrementado el movimiento de carga; sin embargo, señala que existen algunos problemas ya que los terceros que prestan los servicios de estiba no se encuentran en las mismas condiciones para competir que las sociedades portuarias.

Del modelo de concesiones portuarias colombiano, podemos extraer dos elementos específicos para el análisis posterior. En primer lugar, la posibilidad de fijar un plazo mayor de las concesiones con el fin de recuperar las inversiones y renovación sucesiva por periodos similares. En segundo lugar, la fijación libre de tarifas de acuerdo a la evaluación que se realice en el plan de expansión portuaria respecto al número de sociedades portuarias y la amplitud de la oferta de servicios de infraestructura.

3.4. México

El sistema portuario en México, antes de los procesos de reforma, estaba organizado centralizadamente⁴⁴. En 1989 se crea la Empresa Puertos Mexicanos (PUMEX), la cual asume la administración de los puertos, la construcción de infraestructura y la prestación de servicios. El sistema portuario bajo la administración estatal aparecía como ineficiente y sufría de grandes pérdidas.

La reforma se inicia en 1993, con la expedición de la Ley de Puertos y su reglamento. En este proceso, se liquidó Puertos Mexicanos y se crearon Administraciones Portuarias Integrales

⁴² El artículo 5 de la ley No. 1 de 1991 establece que las sociedades portuarias podrán prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.

⁴³ En el tráfico portuario en Colombia, el comercio exterior comprende alrededor del 90% de las operaciones y, entre los productos movilizados, destacan el petróleo y el carbón.

⁴⁴ La información sobre la reforma y concesión de puertos mejicanos se tomó de Sepúlveda (2003), Estache, González y Trujillo (2002), Banco Mundial y PPIAF (2003), la Ley de Puertos y su reglamento, Títulos de concesión de diversas API, información en páginas web de las API y consultas a algunos representantes (APIs, Comisión Federal de Competencia).

(API), compañías públicas autónomas encargadas de la administración de los puertos⁴⁵. Cada una de estas empresas recibe en calidad de concesión del Gobierno Federal (Secretaría de Comunicaciones y Transportes) los activos existentes en los puertos, a cambio de lo cual deben pagar una compensación⁴⁶. El plazo máximo de las concesiones es de 50 años (prorrogable hasta por un plazo igual al que se estipuló inicialmente), de acuerdo a las características de los proyectos y los montos de inversión.

En la Ley de Puertos se establece como regla general para el otorgamiento de concesiones el empleo de un concurso público, con criterios de selección que incluyen las contraprestaciones ofrecidas, la calidad de servicio propuesta, inversiones comprometidas, volúmenes de operación y tarifas para el usuario. Sin embargo, en el artículo transitorio séptimo de esta norma se estableció que, para reorganizar el sistema portuario, el Gobierno Federal o gobiernos de las entidades federativas (estatales y municipales) pueden constituir sociedades mercantiles con participación estatal mayoritaria a las que se adjudique de forma directa las concesiones para las API.

Hasta el año 2002 se constituyeron 24 API, de las cuales 18 corresponden al Gobierno Federal y 5 a Gobiernos Estatales. En este conjunto, solamente la API Acapulco (especializada en turismo) es controlada por privados, gracias a la transferencia de su capital social a través de una licitación iniciada a finales de 1995⁴⁷. Estache, González y Trujillo (2002) indican que uno de los obstáculos que ha limitado la transferencia de acciones a privados es el hecho que las API no tengan la titularidad de los activos que controlan (los cuales sólo se reciben en calidad de concesión). Además, influye la prohibición de adquirir acciones por parte de operadores privados, los que deberían estar más interesados en invertir en la API.

En la Ley de Puertos se establece que las API pueden operar terminales y prestar servicios portuarios, ya sea por sí mismas o a través de terceros; no obstante, una cláusula típica en el título de concesión es que estas funciones sean realizadas necesariamente a través de terceros (con algunas excepciones debidamente delimitadas). En general, las API no actúan directamente como operadores y se obliga a que contraten con terceros, aunque en algunas circunstancias se permite debido al menor tamaño del puerto o su especialización⁴⁸. En los casos en que un administrador portuario se encuentre obligado a contratar con terceros (en contratos de cesión parcial de derechos o de prestación de servicios), la Ley de Puertos determina que la adjudicación deberá ser mediante concurso⁴⁹.

De acuerdo a la Comisión Federal de Competencia (CFC)⁵⁰ desde 1995 a la fecha se han realizado cerca de 100 concursos públicos para contratos de cesión parcial de derechos. El propósito de estos contratos es la entrega de terminales o instalaciones de la API para que sean operados por privados. En éstos, normalmente, se estipula un pago inicial al momento de firmar el contrato (el cual fija la API), una contraprestación periódica fija (que determina el

⁴⁵ Se creó una API para cada puerto o grupo de pequeños puertos.

⁴⁶ La contraprestación de las API se determina tomando en cuenta el valor comercial de los bienes, la potencialidad económica del puerto (o grupo de puertos) y el plazo de concesión. Los activos que se entrega en concesión no podían ser permanentemente transferidos al sector privado en ningún caso.

⁴⁷ En dicha licitación se tuvo como base dos propuestas: el monto propuesto para adquirir las acciones del capital social y el monto a invertir para el desarrollo del recinto concesionado a dicha API.

⁴⁸ Estache, González y Trujillo (2002), p. 547.

⁴⁹ En el artículo 53 de la Ley de Puertos se indica como criterios para la selección del contratante aquel que ofrezca las mejores condiciones para el desarrollo del puerto, calidad y precios para el usuario.

⁵⁰ Consulta dirigida a la Dirección General de Procesos de Privatización y Licitación de la Comisión Federal de Competencia (CFC).

participante) y una variable en función del volumen de carga (establecida por la API)⁵¹. El ganador usualmente es definido por el pago periódico que ofrece a la API, entre aquellos que hayan aprobado el proyecto técnico respectivo (inversión, equipos, plan de negocios, etc.). Los plazos de estos contratos usualmente fluctúan entre 15 y 25 años (con posibilidad de extenderse)⁵².

En cuanto a la prestación de servicios tales como maniobras para la transferencia de carga (embarque, descarga, almacenaje, estiba, acarreo), pilotaje, remolcaje, amarre de cabos, lanchaje y otros a las embarcaciones, las API suscriben contratos de prestación de servicios u otorgan licencias (sujetas al cumplimiento de determinados requisitos). En estos casos, se puede pactar una contraprestación para la API y los plazos normalmente son menores a los correspondientes a contratos de cesión parcial de derechos.

Con la finalidad de evitar un excesivo poder de mercado, las solicitudes para participar en subastas públicas debían ser evaluadas por la Comisión Federal de Competencia⁵³. Inicialmente, se estableció como criterio que una firma sólo podía recibir una concesión (de un mismo tipo de terminal) en cada una de las costas de México (Pacífico y Atlántico). Posteriormente, sólo se exige que una firma no obtenga una posición dominante en el mercado relevante⁵⁴.

En lo que respecta a tarifas, la reforma también estableció algunas formas de regulación. De acuerdo a la ley de puertos, la secretaría de comunicaciones y transportes (sct) puede establecer las bases de regulación tarifaria cuando no existan opciones portuarias u otros modos de transporte que propicien un ambiente de competencia razonable⁵⁵. En los títulos de concesión de las API se incluye un anexo relacionado con la regulación tarifaria (a través de precios tope específicos para cada puerto), la cual recae normalmente sobre servicios de infraestructura (estadía o muellaje). A su vez, las API, de acuerdo a lo que señala su título de concesión, pueden determinar las bases tarifarias para los operadores de terminales e instalaciones portuarias y los prestadores de servicios. Entre los servicios normalmente regulados se encuentran el pilotaje, remolcaje, amarre de cabos y maniobra de mercancías (embarque, descarga, almacenamiento y acarreo).

El tráfico en el sistema portuario mexicano tiene una importante proporción representada por la carga de cabotaje (alrededor del 30% entre 1992 y 2002), aunque la mayor participación corresponde al comercio internacional. Los tipos de carga más importantes son el petróleo y derivados (algo más del 60%) y el granel mineral (aproximadamente, 20%). El grado de contenerización es más bien limitado, alrededor del 4% del tráfico total (1996-2002). Entre las API que tienen mayor movimiento portuario se encuentran en la costa Pacífico a Manzanillo, Lázaro Cárdenas y Salina Cruz, y en las costas del Golfo y del Caribe a Veracruz, Tuxpan y Dos Bocas.

⁵¹ Cabe señalar que se establece como parte de la regulación tarifaria a las API un límite a la contraprestación anual para los contratos de cesión parcial de derechos, el cual es expresado como un porcentaje (no mayor al 12%) de la valuación realizada sobre el área terrestre o la instalación materia del contrato. El ente encargado de dichas valuaciones es la Comisión de Avalúos y Bienes Nacionales (CABIN).

⁵² Banco Mundial y PPIAF (2003), p. 80.

⁵³ Banco Mundial y PPIAF (2003), p. 79.

⁵⁴ La Ley Federal de Competencia establece criterios base para evaluar el poder sustancial en el mercado relevante, tales como la participación de la empresa en el mercado, si puede fijar precios o restringir la oferta en el mercado sin que los competidores puedan contrarrestar ello, la existencia de barreras a la entrada, entre otros.

⁵⁵ El título de concesión de la API Tampico, por ejemplo, señala que la SCT establecerá regulación tarifaria cuando los servicios sean prestados por un solo operador o prestador de servicio o cuando no haya un ambiente de competencia razonable (de acuerdo a un dictamen de la Comisión Federal de Competencia).

Los resultados de las reformas implementadas en el sistema portuario mexicano muestran mejoras en diversos aspectos. Gaviria (1998) señala que las concesiones para los puertos mexicanos más grandes han resultado en una mejor administración pero mayores tarifas; sin embargo, Hoffmann (2001) argumenta que a pesar del incremento de tarifas después de iniciadas las concesiones, al considerar el incremento en la eficiencia en estos puertos (como la reducción del tiempo de espera para la nave) los costos totales para la nave y la carga en realidad han caído. El Banco Mundial y PPIAF (2003) encuentran un incremento sustancial en la eficiencia y productividad, inversiones en infraestructura que han generado sustanciales aumentos de la capacidad del sistema portuario y una reducción importante del gasto fiscal (por los subsidios que recibía el sistema portuario).

Las características más destacables de las concesiones portuarias en México incluyen la determinación de una parte del pago como variable en función del volumen de carga, la posibilidad de eliminar la regulación tarifaria cuando se determine que existe un ambiente de competencia razonable y el establecimiento del plazo de la concesión (el cual es prorrogable) de acuerdo a las características de los proyectos y los montos de inversión. Además, resulta conveniente para efectos de la competencia la clara división funcional entre las API y los terceros que prestan servicios en el puerto (ya sea bajo contratos de cesión parcial o de prestación de servicios). Finalmente, no como característica propiamente del modelo de la concesión sino del tráfico portuario, cabe resaltar la existencia de una importante proporción de cabotaje, el cual permitiría incrementar el movimiento y facilitaría la existencia de más opciones para los usuarios finales.

CUADRO 2: RESUMEN DE EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

| | Argentina (Puerto Nuevo) | Chile | Colombia | México |
|--------------------------------|---|--|---|---|
| ORGANIZACIÓN DEL SECTOR | | | | |
| Modelo de Administración | <i>Landlord</i> | <i>Landlord y Tool</i> | <i>Lanlord</i> | <i>Landlord</i> |
| Tipo de gestión | Descentralizada | Descentralizada | Descentralizada | Descentralizada |
| Infraestructura | Autoridad portuaria y operador | <ul style="list-style-type: none"> Multi-operador: empresa portuaria. Mono-operador: concesionario. | Sociedad portuaria | Administración portuaria integral (API) |
| Superestructura | Operador | <ul style="list-style-type: none"> Multi-operador: empresa portuaria. Mono-operador: concesionario. | Sociedad portuaria y operadores | API y operadores |
| ESQUEMA DE CONCESIÓN | | | | |
| Selección del operador | Licitación pública | Licitación pública | Constitución de sociedades portuarias regionales, con aportes públicos y privados. | <ul style="list-style-type: none"> Las concesiones y contratos de las API debían realizarse mediante un concurso público. Inicialmente, se adjudicó de forma directa a las API constituidas con participación mayoritaria estatal. |
| Criterio de selección | <ul style="list-style-type: none"> Mayor canon anual. El canon se calculaba aplicando un pago por tonelada (que difieren según el tipo de operación) al tráfico esperado. | <ul style="list-style-type: none"> Mínima tarifa máxima (índice de cuatro servicios básicos) sobre un piso pre-fijado. En caso de empate, se define a través del mayor pago inicial al Estado. | <ul style="list-style-type: none"> Adjudicación directa luego de petición, sujeto a aprobación de Superintendencia General de Puertos (SGP). Se permite que cualquier interesado se oponga a la solicitud de concesión o presente una petición alternativa. Oferta oficiosa de concesión (SGP). En dicho caso, la SGP adjudica la concesión a la propuesta que satisfaga mejor los objetivos y criterios de la ley. | <ul style="list-style-type: none"> La Ley de Puertos señala que las bases del concurso incluirán los criterios de selección del ganador (elementos como la contraprestación ofrecida, calidad de servicio, compromiso de inversión, volumen de operación y tarifas para el usuario). En el caso de contratos de la API, las mejores condiciones para el desarrollo del puerto, calidad y precios para el usuario. |
| Plazo | 18 – 25 años | Máximo de 30 años | 20 años | <ul style="list-style-type: none"> Máximo de 50 años para las API y concesiones en el marco de la Ley de Puertos. Plazos entre 15 y 25 años para contratos de cesión parcial de derechos o de prestación de servicios que suscriban las API. |
| Incentivos para los postores | ---- | <ul style="list-style-type: none"> Fijación de tarifas mínimas para terminales no concesionados. | <ul style="list-style-type: none"> El Estado asumió el pago de pensiones, prestaciones sociales e | <ul style="list-style-type: none"> El plazo de concesión se establecía según las características de los |

| | | | | |
|---------------------------------|--|--|--|--|
| | | <ul style="list-style-type: none"> • Procesos simultáneos y documentos similares para ellos. • Concesionarios podían llevarse los activos más líquidos y móviles al término de la concesión, serían compensados por la parte no depreciada de activos fijos. • Posibilidad de extender el periodo de concesión (sujeto al cumplimiento de ciertas inversiones). | <p>indemnizaciones, así como las deudas de Colpuertos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El plazo de concesión es susceptible de renovación por periodos similares de forma sucesiva. • Se permite un plazo mayor para la recuperación de inversiones. | proyectos y los montos de inversión. |
| Principales derechos | <ul style="list-style-type: none"> • Explotación y operación de los terminales. • El concesionario realiza las operaciones comerciales de forma exclusiva. | <ul style="list-style-type: none"> • En el esquema mono-operador, el ganador de la concesión administra y opera el terminal (o puerto). | <ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades portuarias asumen la administración de los puertos y pueden encargarse de la prestación de servicios portuarios. • Las sociedades portuarias pueden contratar con terceros para la prestación de servicios. • Los activos necesarios para operar los puertos bajo la administración de Colpuertos se aportaron a las sociedades portuarias. | <ul style="list-style-type: none"> • Las API pueden operar terminales y prestar servicios portuarios. • No obstante, la regla general ha sido que no actúen directamente como operadores y se requiera la suscripción de contratos con terceros (cesión parcial de derechos o prestación de servicios). • En los contratos con terceros se fija una compensación para la API. |
| Principales obligaciones | <ul style="list-style-type: none"> • Inversiones anuales en el contrato, con una contribución de la autoridad portuaria. • Canon anual. | <ul style="list-style-type: none"> • No se definió explícitamente las inversiones. • Las inversiones revierten al Estado. • Canon anual: monto mínimo que se incrementa de acuerdo al volumen movilizado. | <ul style="list-style-type: none"> • Inversiones para la construcción y mantenimiento de los puertos. • Terminada la concesión, se cede en forma gratuita al Estado las construcciones e inmuebles en zonas de uso público de ésta. • Contraprestación económica al Estado definida a través de planes de expansión portuaria. | <ul style="list-style-type: none"> • Las API deben pagar una contraprestación al Estado, calculada sobre la base del valor comercial de los bienes, la potencialidad económica del puerto (o grupo de puertos) y el plazo de concesión. • Los activos en concesión no pueden ser transferidos de forma permanente al Estado en ningún caso. |
| Metas de desempeño | Aplicación de penalidades si no se alcanza volúmenes de carga específicos cada año. | <ul style="list-style-type: none"> • Aplicación de penalidades contra un servicio lento (fijadas en los contratos de concesión). • Reglas para la mejora progresiva de los estándares de servicios. | ---- | ---- |
| Competencia y regulación | | | | |
| Tipo de competencia | Intra-portuaria | Inter-portuaria Intra-portuaria | Inter-portuaria Intra-portuaria | Inter-portuaria Intra-portuaria |
| Número de operadores | Varios mono-operadores | Multi-operador y Mono-operador | Multi-operador | Multi-operador |

| | | | | |
|--|---|---|---|--|
| Restricciones a la integración y ejercicio de poder de mercado | <ul style="list-style-type: none"> • Posibilidad de presentar ofertas para más de un terminal. • Sólo se podía obtener la concesión de uno de ellos (restricción a la integración horizontal). • No hay restricciones a la integración vertical. | <ul style="list-style-type: none"> • Como requisito para la concesión de un frente de atraque, debe existir en la región otro con la misma capacidad, bajo la administración pública. • Limitación a integración horizontal entre concesionarios o dueños de puertos privados en misma región. • Limitación a la integración vertical a través de participación máxima en concesionario de parte de un actor relevante en el puerto. • Reglas anti-discriminación | ---- | <ul style="list-style-type: none"> • Las solicitudes para participar en subastas públicas deben ser evaluadas por la Comisión Federal de Competencia. • Inicialmente se establece que una firma solo podía recibir una concesión en cada una de las costas de México (Pacífico y Atlántico). • Posteriormente, sólo se exige que no obtenga una posición dominante en el mercado relevante. |
| Regulación tarifaria | <ul style="list-style-type: none"> • Concesionarios establecen tarifas en el contrato sujetas a un tope fijado por el Gobierno. • Posibilidad de solicitar ajustes tarifarios a la autoridad portuaria. | <ul style="list-style-type: none"> • Tarifas máximas en contrato de concesión. • Posibilidad de cobrar cargos especiales si se provee servicios con valor agregado. | <ul style="list-style-type: none"> • En los planes de expansión portuaria se establece las metodologías que deben aplicarse para autorizar tarifas a sociedades portuarias. • Mientras no se decreta libertad de tarifas, la Superintendencia General de Puertos establece y revisa las fórmulas generales para el cálculo de tarifas de las sociedades portuarias. • Las sociedades portuarias pueden establecer tarifas libremente dentro de este marco. | <ul style="list-style-type: none"> • Bases de regulación tarifaria cuando no existan opciones portuarias u otros modos de transporte que propicien un ambiente de competencia razonable. • En los títulos de concesión de las API se incluye un anexo de regulación tarifaria (precios tope). • Las API pueden determinar las bases tarifarias para los operadores de terminales e instalaciones portuarias y los prestadores de servicios. |
| Otras características | | | | |
| Cláusulas laborales | Obligación de contratar a empleados de entidades públicas o hacerse cargo de acuerdos para el retiro voluntario. | <ul style="list-style-type: none"> • Acuerdos de retiro voluntario para los trabajadores con mayor tiempo de servicios pertenecientes a Emporchi. • Indemnizaciones para trabajadores que no fueran empleados por las empresas portuarias. | <ul style="list-style-type: none"> • Eliminación de prácticas laborales restrictivas. • El Estado asume el pago de pasivos laborales. • Creación de una Comisión de Promoción de Empleo, durante el proceso de liquidación de Colpuertos, para capacitación y asesoramiento. | <ul style="list-style-type: none"> • Firma de acuerdos entre el Gobierno y los sindicatos para terminar todos los contratos existentes entre firmas públicas y trabajadores. • Indemnizaciones por despido para algunos trabajadores. |
| Ejemplos de puertos administrados bajo este esquema | Puerto Nuevo | San Antonio, Valparaiso, Talcahuano-San Vicente, Iquique, Antofagasta. | Buenaventura, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Tumaco. | Ensenada, Guaymas, Mazatlán, Manzanillo, Lázaro Cárdenas, Altamira, Tuxpan, Veracruz, Coatzacoalcos, Dos Bocas. |

Elaboración: GRADE (a partir del análisis de experiencias internacionales)

4. EL MODELO DE CONCESIÓN DE MATARANI

el análisis del modelo de concesión se realiza básicamente sobre la base del contrato de concesión, considerando también el marco normativo relevante, informes y estudios sobre la concesión y sobre el desempeño portuario en general y las instituciones existentes en el sector.

El contrato de concesión del puerto de Matarani involucra a diferentes agentes con intereses también diversos. El concesionario (TISUR S.A.) es el beneficiario del derecho otorgado por el Estado y asume, además, el rol de operador de la infraestructura. El concedente es el Estado peruano, como titular de los derechos sobre los activos involucrados en la concesión. Además, existe un banco fiduciario, cuyo objetivo central es mantener la titularidad fiduciaria de los bienes concesionados durante la vigencia de ésta y garantizar que se cumplan algunas de las obligaciones de las partes contenidas en el contrato⁵⁶, el cual recibe del concesionario 0.7% de sus ingresos brutos al año por sus servicios.

El análisis del contrato de concesión requiere identificar cuáles son los principales elementos que éste debe contemplar. Trujillo y Nombela (1999) señalan los siguientes: el proceso de selección del operador (que incluye el factor por el cual compiten los postores, la forma de la subasta y los desembolsos que se compromete a realizar el ganador), el objeto y modalidad de la concesión, la exclusividad en la prestación de servicios, obligaciones y derechos de las partes, plazo, incentivos y penalidades, la asignación del riesgo y la posibilidad de renegociación de alguna parte del contrato (lo cual comprende la resolución de controversias). A continuación se discutirá cada uno de estos elementos en el contrato de concesión del puerto de Matarani.

4.1 El Proceso de Selección Del Concesionario

La etapa inicial del proceso fue la selección del concesionario al cual se le encargaría la explotación de la infraestructura. En una primera instancia quedaron precalificados nueve postores. Seguidamente, se evaluó las propuestas técnicas, sobre la base aspectos predefinidos, tales como su calificación, visión estratégica, análisis proyectado, plan de mercadeo, plan de inversión y plan operacional. Se declaró aptas para la presentación de los sobres No. 1 y No. 2 a Santa Sofía Puertos S.A., Serlipsa-Seaport-Buenaventura y A&F Wiese. Finalmente, solo Santa Sofía Puertos presenta la documentación necesaria y su oferta económica, por lo cual se adjudicó la buena pro como único postor.

El factor de competencia es un tema central en la selección del concesionario. Algunas opciones comunes, utilizadas en otros procesos, son⁵⁷:

- Precio más alto o el canon más alto (una vez o anualmente) pagadero al Estado.
- Costo más bajo para el Estado para construir u operar la infraestructura.
- Monto mayor de nuevas inversiones comprometidas.
- Menor cargo de tarifas a los consumidores.
- Valor presente neto más bajo de los flujos futuros de ganancias que obtiene el concesionario.
- Subsidio menor exigido al Estado para operar un servicio que genera pérdidas.

Los principios básicos que deberían considerarse en la utilización de un determinado factor de competencia deberían ser estructurar éste de la forma más sencilla y transparente posible

⁵⁶ Actúa como fiduciario es el Banco Wiese Ltda. Cabe señalar que la existencia de esta figura en el contrato ha sido calificada de innecesaria, ya que en la práctica no cumple una función esencial (como se consideraba, por ejemplo, en el caso de la constitución de garantías para préstamos).

⁵⁷ Kerf et. al. (1998), p. 119.

(de modo que sea casi automático) y promover la eficiencia económica. Finalmente, la decisión sobre el factor de competencia (y el diseño del proceso de selección en su conjunto) dependerá de los objetivos fijados por el Gobierno o la autoridad portuaria⁵⁸.

En el caso de Matarani, el factor de competencia elegido fue la mayor oferta económica por encima de un precio base. Como señalamos previamente, los objetivos más importantes en un proceso de esta naturaleza son la búsqueda de mayor eficiencia en la prestación de servicios y la reducción de costos para los usuarios; sin embargo, en este caso la decisión fue la de aplicar un criterio de selección que incorpora claramente más bien un objetivo financiero.

Uno de los aspectos más criticados respecto al factor de competencia elegido fue la fijación del precio base, ya que el monto fijado (US\$ 9.5 millones) fue considerado insuficiente por algunos sectores⁵⁹. Los principales argumentos utilizados en esta crítica fueron el valor superior que tenían los activos que se entregarían en concesión y las inversiones realizadas por ENAPU antes de la entrega al sector privado (aproximadamente US\$ 21.5 millones desde finales de los años setenta). No obstante, el establecimiento del precio base no fue discrecional, sino resultado de un estudio realizado por Interinvest / Salomon Smith Barney, en su calidad de banco de inversión (asesor financiero)⁶⁰. Además, el diseño de la concesión no consideraba la transferencia de la propiedad sobre estos activos sino tan sólo un derecho para operarlos durante la vigencia de la concesión, lo que tendería a reducir el precio base.

Entre las críticas realizadas a la transparencia y validez del proceso en sí, la elaboración de la *addenda* al contrato ha sido una de las más importantes. En primer lugar, se sostiene que se sustituyó en su papel de operador a *Stevedoring Services of America* (SSA)⁶¹ por Santa Sofía Puertos (SSP). Antes de la entrega de la buena pro al concesionario, existía una versión prefirmada del contrato de concesión, en la cual se consignaba a SSA como operador⁶². Cabe mencionar que el concesionario señaló que ello se debió a un error material que fue comunicado por escrito a la CEPRI puertos a través de carta cursada el 15 de julio de 1999, con el objeto que éste fuera subsanado en la versión definitiva del contrato (a través de la elaboración de una *addenda* que consigne el error material involuntario). El concesionario indica además que el papel que habría tenido SSA desde el principio era de asesor operativo y no operador de la infraestructura concesionada (lo cual consta en la propuesta técnica presentada).

En segundo lugar, la modificación del término canon por retribución. La importancia de ello radica en que con el primer término –canon–, los recursos debían ser revertidos para el beneficio de la zona en que se lleva a cabo la concesión, mientras que el término retribución involucra la transferencia de recursos al Gobierno Central (específicamente, al FONAFE). Según señala el concesionario, quien realiza el cambio de la palabra canon por retribución es el propio Comité (que cuenta con la potestad para modificar el contrato) y no ocurre a pedido de la empresa ganadora de la buena pro. En todo caso, este último cambio no representaba ningún beneficio para el concesionario.

⁵⁸ Trujillo y Nombela (1999), p. 31.

⁵⁹ Incluso se llegó a considerar cifras del orden de los US\$ 300 millones para el precio base de la concesión.

⁶⁰ Para ello se realizaron proyecciones de tráfico, además de la fijación de supuestos sobre las inversiones a realizar, supuestos operativos, ritmo de carga y descarga, tarifas e ingresos. Cabe señalar que el precio base es menor a la recomendación realizada por el banco de inversión (11 millones de dólares).

⁶¹ Empresa con experiencia en la operación de terminales y la prestación de un amplio espectro de servicios de transporte en el mundo (Estados Unidos, Sudáfrica, Chile, India, México, Nueva Zelanda, Panamá y Vietnam).

⁶² Cabe señalar que en el proceso no se había exigido un operador extranjero.

4.2. Objeto y plazo de la concesión

El objeto de la concesión comprende varios conceptos entre los cuales cabe mencionar la determinación de los activos que van a ser transferidos al concesionario (con la garantía de que éstos podrán ser utilizados para el fin que se estipula en el contrato), los servicios que deberá proveer el sector privado y el sector público, y entre éstos, cuáles estarán sujetos a competencia y cuáles serán ofertados en condiciones de exclusividad. En el caso del puerto de Matarani, el concesionario es responsable por el diseño, construcción, reparación, conservación, mantenimiento y operación del puerto y de la prestación de servicios portuarios de conformidad con los criterios de calidad establecidos en el contrato, durante la vigencia de la concesión, luego de la cual los activos se revierten al Estado (cláusula 2, punto 2.1). Para cumplir con el objeto establecido por el contrato, el concesionario cuenta con los activos que previamente estaban bajo la administración de ENAPU, los cuales se describen en detalle en el anexo F del contrato.

Existe cierto cuestionamiento respecto a la elección de un único concesionario para la totalidad de los activos de la concesión. Al respecto, cabe señalar que el número de operadores que puede existir en un puerto depende del tamaño de éste y de su grado de desarrollo⁶³. En aquellos vinculados a un mercado más reducido solo es posible la competencia por el derecho de operar el puerto en su totalidad (a través de mecanismos de subasta), con la elección de un solo operador que luego es sometido (debido al poder de mercado que podría ejercer) a alguna forma de regulación⁶⁴. El terminal portuario de Matarani estaría enmarcado en el segundo caso. De acuerdo a Trujillo y Nombela (1999), es difícil establecer límites para cualquier puerto y tipo de carga, pero existe cierto consenso en cuanto al nivel de tráfico necesario para cada tipo de competencia en el movimiento de contenedores.

Cuadro 3: Valores límite para el tipo de competencia posible, (tráfico de contenedores)

| Tipo de competencia | Nivel de tráfico mínimo (TEUs) |
|---------------------|--------------------------------|
| Intra-terminal | 30 mil |
| Inter-terminal | 100 mil |
| Inter-portuaria | 300 mil |

Fuente: Kent y Hochstein (1998), en Trujillo y Nombela (1999)

Con el fin de tener una idea más precisa acerca de las características que determinan el número de operadores posibles en el puerto, revisaremos algunos ejemplos de experiencias internacionales:

- En Puerto Nuevo (Buenos Aires) existen 5 terminales entregados en concesión (dos de ellos a la misma empresa) desde 1994, en los cuales el embarque y desembarque está a cargo de los concesionarios. Entre éstos, tres terminales son especializados en contenedores y dos son multipropósito (aunque con una fracción importante de carga contenerizada). El tráfico promedio desde el inicio de estas concesiones (1995-2003) ha estado alrededor de los 5.8 millones de toneladas; en los dos últimos años (2002-2003), la movilización de carga de los concesionarios fluctuó en el rango de 550 mil y 3 millones de toneladas.

⁶³ Trujillo y Nombela (1999), p. 19-22.

⁶⁴ Debemos resaltar que aquí no se discute sobre la posibilidad que el operador del puerto preste de forma exclusiva todos los servicios para el manejo de carga respecto de una situación en que también existe un solo operador pero es posible el acceso de terceros para llevar a cabo dichas actividades (punto que será tratado más adelante).

- En San Antonio (Chile) se entregó dos terminales en concesión en el 2000 bajo un sistema mono-operador y se mantuvo una parte del puerto bajo la operación de la Empresa Portuaria de San Antonio en un esquema multi-operador⁶⁵. Entre éstos, el último atiende carga multipropósito y los que se concesionó son especializados (uno en contenedores y el otro en graneles). Durante la vigencia de la concesión (2000-2003), el tráfico promedio es aproximadamente 9 millones de toneladas, en las que el terminal especializado en contenedores tendría la mayor participación⁶⁶.
- En Lázaro Cárdenas (México) operan, por lo menos, siete concesionarios en terminales que se caracterizan en su mayor parte por ser especializados y estar vinculados a dueños de carga que cuentan con un movimiento considerable⁶⁷. El tráfico promedio en el puerto entre 1996 y 2003 es cercano a 15.6 millones de toneladas, con una participación para cada terminal ubicada como mínimo alrededor de 100 mil toneladas por año y como máximo por encima de 8 millones de toneladas.

Un aspecto que resulta bastante claro de la revisión de estas experiencias es que en buena parte de estos casos se trata de terminales especializadas, con lo cual no es necesariamente cierto que exista efectivamente competencia entre concesionarios. Además, debemos subrayar que es usual que las empresas que reciben la concesión de la infraestructura sean las que se encarguen de llevar a cabo las operaciones de embarque y descarga, elemento que afecta la rentabilidad del negocio. Un criterio que no es posible inferir directamente sobre la base de estas experiencias es la magnitud específica de movimiento de carga que determina si es posible realizar más de una concesión para la operación de la infraestructura en el ámbito del mismo puerto. A pesar de ello, la comparación de estos ejemplos con el tráfico promedio en Matarani conduce a la idea que es adecuada la presencia de un solo operador para todo el puerto, principalmente por el tamaño de las operaciones.

Los contratos de concesión casi siempre especifican una fecha de terminación y la posibilidad de que se finalice antes de ese momento bajo ciertas circunstancias especiales. La determinación del plazo del contrato de concesión no obedece a una regla fija, pero éste debe ser un periodo suficientemente largo para que el operador recupere las inversiones realizadas. En el sector portuario, el tiempo promedio de contratos de concesión es superior a los 15 años, dependiendo del tamaño del proyecto a llevar a cabo; por ejemplo, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura (Colombia) y el terminal de contenedores operada por SSA México en Manzanillo (México) tienen un periodo de concesión de 20 años, el puerto de Santos (Brasil) y los terminales 1-4 y 6 del puerto de Buenos Aires de 25 años, el puerto de San Vicente (Chile) de 30 años y la Sociedad Portuaria de Cartagena (Colombia) de 40 años. En ese sentido, resulta razonable el periodo de vigencia del contrato de concesión de Matarani que estipula 30 años contados a partir de la fecha de cierre (salvo que se resuelva el contrato anticipadamente o sea prorrogado); sin embargo, sería conveniente evaluar cualquier alternativa que permita una mayor concordancia entre las inversiones comprometidas y el plazo de concesión (el cual puede tener mayor flexibilidad para adaptarse a éstas).

Si se establece una analogía con la metodología propuesta por Engel, Fischer y Galetovic (2000), un indicador de qué tan adecuado es el plazo parte de la comparación del valor presente de los ingresos y costos. En una situación ideal, considerando una tasa de

⁶⁵ Además de éstos, el Terminal Policarpo Toro (especializado en líquidos) está a cargo de Vopak Terminal San Antonio Ltda. en virtud de un contrato de operación.

⁶⁶ En el 2002, Puerto Panul (graneles) movilizó 1.5 millones de toneladas (16% del tráfico total), el Terminal multiperado (multipropósito) 2.5 millones de toneladas (27%) y Terminal STI unas 5.3 millones de toneladas (57%).

⁶⁷ En el puerto de Lázaro Cárdenas existen dos terminales multipropósito y varias especializadas en la atención de cargas específicas (graneles agrícolas, carbón y cenizas, fertilizantes y productos químicos, metales y minerales, petróleo y derivados, así como contenedores).

descuento que refleje la rentabilidad del proyecto, la diferencia entre ambos debería ser cercana a cero (lo cual implicaría la recuperación de lo que se invierte en el proyecto). En el caso de Matarani, hasta el año 2002, el valor presente de los ingresos es aproximadamente 2% mayor al correspondiente a los costos⁶⁸, lo cual revelaría cierto margen de rentabilidad para el concesionario. Sin embargo, el periodo de evaluación resulta aún muy corto comparado con el plazo total de la concesión com para realizar un análisis concluyente al respecto.

Cabe señalar que la concesión puede ser objeto de prórroga de forma discrecional por el concedente, con la única restricción que el plazo total no puede exceder los 60 años (cláusula 3, punto 3.2). Este caso no se trata propiamente del otorgamiento de un nuevo derecho para el concesionario, sino de una extensión del plazo estipulado para la vigencia de la concesión. Un mecanismo como éste es análogo a permitir que la firma participe en una nueva competencia por el mercado, si se considera que la probabilidad que resulte ganadora es alta, dado que conoce con detalle información concerniente al valor de la infraestructura. Una desventaja importante de una prórroga es la reducción de las presiones competitivas que otras firmas ejercen sobre el concesionario⁶⁹. No obstante, tiene como principal elemento a favor la generación de incentivos para el concesionario para que realice inversiones cuantiosas, en la medida que tiene un mayor tiempo para apropiarse de los beneficios de largo plazo de estas; además, disminuyen los incentivos para entregar activos depreciados hacia el final del contrato (con el objeto de reducir el valor de éstos). En ese sentido, parece conveniente su inclusión en el contrato. Así, por ejemplo, en algunas concesiones portuarias en Chile existe la posibilidad de extender el plazo sujeto al cumplimiento de ciertas inversiones desde el inicio de la concesión, fijadas contractualmente.

En el contrato de concesión de Matarani se estipula causales de caducidad (cláusula 15). Los contratos de concesión pueden ser terminados antes del plazo de vigencia pactado si ambas partes así lo acuerdan, si ocurre un incumplimiento de alguna de las partes, si el concesionario entra en bancarrota o si el servicio provisto se vuelve no rentable⁷⁰. Todas estas posibilidades se han incorporado en el contrato de Matarani. Entre las causales estipuladas, comentaremos aquí dos de ellas: la existencia de eventos de fuerza mayor y el vencimiento opcional por parte del concedente. Asimismo, más adelante se examinará la causal de incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes (acápite 3.5).

Un evento de fuerza mayor se entiende como evento o circunstancia fuera del control razonable de la parte afectada y que genera una demora relevante en el cumplimiento de cualquier obligación; dado que las partes no son responsables por este incumplimiento, se suspende las obligaciones afectadas y se extiende la vigencia de la concesión (cláusula 13). Además, en estas circunstancias, se entiende que se dificulta la operación de la infraestructura y se pone en riesgo la generación de ingresos para el concesionario, por lo cual se otorga la posibilidad de pedir apoyo al concedente (cláusula 13, punto 13.3). Este tipo de provisiones son necesarias debido a que los contratos de concesión concluyen en largos periodos de tiempo en los cuales eventos de esta naturaleza pueden ocurrir. Sin embargo, si estos eventos tienen una duración prolongada y se afecta de forma considerable la rentabilidad proyectada por el concesionario, modificándose las condiciones razonablemente previsibles en que iba a operar, se pasa a la terminación anticipada de la concesión. De esta manera, en los casos en que el evento de fuerza mayor y la resultante suspensión de la concesión tengan una duración superior a doce meses, el contrato se resuelve de pleno derecho (cláusula 13, punto 13.4).

⁶⁸ Calculado sobre la base de las cuentas del Estado de Flujo de efectivo, con una tasa de descuento de 16%.

⁶⁹ Kerf et. al. (1998), p. 83.

⁷⁰ Kerf et. al. (1998), p. 81.

El vencimiento opcional por parte del concedente es un mecanismo para que éste, de forma discrecional, de por terminada la concesión, con el único requisito de una notificación previa al concesionario con seis meses de anticipación (cláusula 15, punto 15.5). La inclusión de una estipulación de esta naturaleza constituye un riesgo potencial alto para el concesionario, particularmente en un contexto de inestabilidad política y falta de institucionalidad. En ese sentido, se incluye también una compensación pagadera al concesionario para evitar un empleo poco razonable de esta cláusula: una cantidad igual al pago inicial más el monto de gastos del concesionario y los intereses sobre el dicho pago inicial (aplicando una tasa anual desde la fecha en que se realizó).

4.3. Obligaciones y Derechos de las partes

Los derechos y obligaciones de las partes deben estar explícitamente contemplados en el contrato; ello incluye detalles sobre la calidad, cantidad y tarifas involucradas en la prestación de servicios por parte del operador. En esta tarea se debe minimizar los problemas de superposición o no definición de responsabilidades, impedir que la asignación de éstas sea un obstáculo para la eficiencia operativa y permitir al operador que realice las medidas necesarias cuando enfrenta el riesgo del cobro de tarifas a los usuarios⁷¹. Los principales derechos que se reconoce al concesionario están representados por el hecho de ser beneficiario del fideicomiso constituido con los activos objeto de la concesión y recibir la compensación por la operación del puerto (cláusula 2, punto 2.2). Como fue analizado previamente, la obligación más importante del concesionario es el cumplimiento del objeto de la concesión; a continuación se examinará otras obligaciones consideradas en el contrato.

La determinación de los pagos que un operador realiza por el derecho a usar la infraestructura requiere un balance cuidadoso, ya que existe un *trade-off* implícito: mientras más altos sean, los ingresos los ingresos para el Estado son mayores, pero ello puede traducirse luego en mayores costos a los usuarios a través de tarifas. Aunque no existe un procedimiento específico para determinarlos, una regla debería ser que se vinculen al costo de oportunidad de la infraestructura concesionada y algún componente que refleje los objetivos de asignación de riesgo (por ejemplo, atar una parte al tráfico)⁷². La COPRI estableció como contraprestación de los derechos de la concesión de Matarani un pago inicial de 9.68 millones de dólares con el otorgamiento de la concesión, una retribución equivalente a 5% de los ingresos brutos⁷³, además de un 1% (tasa regulatoria) destinado a OSITRAN (cláusula 4). La determinación del pago inicial se fundamentó en el estudio de valorización realizado por Interinvest / Salomon Smith Barney (el cual presentó diferentes combinaciones de pago inicial, periódico y tasa de descuento sobre la base de proyecciones de tráfico en el terminal).

El mecanismo establecido para determinar la contraprestación al Estado incorpora el riesgo comercial de la operación (ya que está atado a los ingresos que obtiene el concesionario); sin embargo, podría incorporarse límites en función del valor de los activos que se entrega para su explotación, elemento que podría tomarse en cuenta en alguna forma alternativa de fijar la contraprestación. En el caso de Chile, por ejemplo, se establece un mínimo considerando una tasa de interés de mercado aplicada sobre el valor contable de los activos en concesión; en México, se fija un valor máximo a la contraprestación definido como un porcentaje de la valuación del área terrestre o instalaciones que se entregó en concesión

⁷¹ Ibid., p. 50-51.

⁷² Ibid, p. 41-42.

⁷³ De acuerdo a la normativa específica, esta retribución la recibe el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE).

Una práctica común en una concesión portuaria es contratar a una parte o a todo el personal que se encontraba trabajando en el terminal previamente. En el caso de la concesión de Matarani, debido a que el número de trabajadores había sido reducido previamente, se facilitó el manejo del aspecto laboral. Además, ENAPU despidió a los trabajadores que laboraban previamente en el puerto (y se encargó de las respectivas indemnizaciones). En el contrato, se estipula que el concesionario tendrá libertad para contratar al personal necesario para la operación del puerto; aunque, el concedente deberá facilitar la transferencia de cualquier empleado existente en el puerto que desee ser contratado por el concesionario y será responsable por el pago de obligaciones o beneficios laborales que le correspondan (cláusula 23, punto 23.1). Las estipulaciones a este respecto parecen adecuadas, dado que brindan flexibilidad a la empresa concesionaria para la contratación de personal; sin embargo, el gobierno podría haber considerado adicionalmente algún mecanismo que favoreciera un medio para la reinserción de aquellos trabajadores desplazados en el proceso o una compensación para éstos. En otras experiencias se ha explorado soluciones diversas al tema laboral. En el caso de Panamá, la autoridad portuaria ofreció emplear una parte de sus ingresos para financiar programas de reducción de personal; en México, el Gobierno y los sindicatos convinieron que los operadores del terminal sólo tenían que negociar con los trabajadores existentes en el puerto, antes que con un sindicato centralizado⁷⁴. Otros elementos más convencionales que han estado presentes en algunas de las experiencias latinoamericanas previamente analizadas son el establecimiento de acuerdos para el retiro voluntario, indemnizaciones por despido o la participación de alguna entidad para el fomento del empleo.

Las obligaciones del concesionario pueden incluir además metas en términos de resultados (como el tiempo de construcción, la cobertura o la calidad del servicio) o de procesos (montos o detalle de inversiones), en ambos casos con el objetivo de lograr mejoras en la concesión. En cualquier caso se debe asegurar la autonomía del concesionario, mantener suficiente flexibilidad en estas metas y fijarlas de forma realista⁷⁵. Dado que el objetivo final es el resultado en sí mismo, se debería tratar de otorgar la mayor autonomía al concesionario y estipular en la medida de lo posible metas de este tipo (que llevan implícita la realización de inversiones y otras acciones). En el caso de Matarani, se optó por fijar metas de inversión (de acuerdo a las necesidades proyectadas para la atención del tráfico), criterios mínimos de operación y criterios de calidad en la prestación de servicios.

Los criterios mínimos de operación que se establece en el contrato (cláusula 5, punto 5.16) consisten en la puesta en operación y mantenimiento de un certificado de garantía de calidad en cumplimiento de la norma de gestión ISO 9001 (referido a las mejoras, servicios y operación del puerto), ISO 9004-2 (gestión de la calidad) e ISO 14000 (gestión ambiental). Los criterios de calidad son estándares básicos que el concesionario debe mantener en el diseño, construcción, reparación, mantenimiento y operación del terminal portuario, los cuales forman parte de la propuesta técnica y pueden ser modificados periódicamente por OSITRAN. Concretamente, se señala el compromiso de no exceder el 60% en promedio de ocupación de amarraderos y ritmos de transferencia para productos específicos⁷⁶: 24 contenedores por hora, 650 toneladas/hora para concentrado de mineral y 300 toneladas/hora para granos, todos aplicables desde el año 2008 en adelante. Se debe resaltar que la propuesta técnica indica que para cumplir con ello el concesionario deberá contar con los mecanismos legales y contractuales necesarios a fin de que las empresas que brinden la estiba/desestiba cumplan con los estándares de eficiencia propuestos (lo cual se

⁷⁴ Trujillo y Nombela (1999), p. 27.

⁷⁵ Kerf et. al. (1998), p. 73-74.

⁷⁶ De acuerdo a la propuesta, se trata de los principales productos movilizados en Matarani y en los que el operador puede intervenir y optimizar las operaciones (debido a que utilizan equipo especializado para su transferencia).

fundamenta en la posibilidad de acceso que tienen terceros para llevar a cabo estas actividades)⁷⁷.

En definitiva, la inclusión de cláusulas de esta naturaleza es necesaria para cumplir efectivamente con los objetivos propuestos en cuanto a la eficiencia y regular otros aspectos de las operaciones diferentes de las tarifas únicamente. En cuanto a los criterios mínimos de operación, éstos parecen considerar metas razonables; sin embargo, puede resultar cuestionable el nivel en que se han fijado los criterios de calidad, es decir, en qué medida se trata de valores que realmente reflejen un incremento significativo de la eficiencia en el terminal o simplemente se trate de un efecto más limitado (aunque, en cualquier caso, es posible su modificación por parte del regulador).

Entre las mejoras consideradas en el contrato, algunas de estas son obligatorias y otras eventuales (aquellas que están sujetas a otras variables tales como magnitud específica de tráfico o indicadores de eficiencia); además, se fijó la realización de cada una de ellas en periodos específicos: inicial (primer año), quinquenal (entre el primer año y el quinto año) y remanente (desde el quinto año hacia adelante). En el grupo de mejoras obligatorias, se incluyen obras destinadas a la habilitación de áreas de almacenamiento, ampliación del sistema de descarga de granos y mejora del sistema de carga de minerales. Cabe señalar que se realizó un cambio de las inversiones relacionadas a contenedores, en la medida que las proyecciones realizadas antes de la concesión no se ajustaban a lo efectivamente ocurrido con este tipo de carga.

Con el fin de que se respete las obligaciones estipuladas y reducir el riesgo de incumplimiento, se exigió algunos requisitos del concesionario y seguros específicos, además de establecer incentivos y penalidades en el contrato (el tema de incentivos y penalidades es analizado más adelante). Como garantía del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, el concesionario entregó al concedente una garantía de fiel cumplimiento, fijada para el periodo quinquenal en cinco millones de dólares (cláusula 10, punto 10.1). Un mecanismo como éste permite no sólo darle mayor respaldo a las obligaciones estipuladas contractualmente, sino también genera incentivos para evitar que el concesionario abandone la concesión. Conforme avanza el plazo de vigencia del contrato, realizadas diferentes mejoras en el puerto, los incentivos necesarios para el operador deberían ser menores; en esa medida, la garantía de fiel cumplimiento se reduce para el periodo remanente de la concesión a 2 millones de dólares.

Por otro lado, el concesionario se encuentra obligado a contratar un seguro que cubra el costo de reemplazo de los bienes objeto de la concesión con un mínimo de coberturas y una póliza de cobertura amplia por responsabilidad civil y responsabilidad pública, por daños a personas y bienes (cláusula 20, punto 20.2). Una estipulación de este tipo es necesaria para garantizar que el concesionario esté en capacidad de cubrir cualquier eventualidad de esta naturaleza. Cualquier evento no cubierto lo asume en última instancia el concesionario (cláusula 20, punto 20.8), lo cual es coherente con la idea que debe asumir el riesgo quien esté en mejores posibilidades de controlarlo.

4.4. Competencia, exclusividad e integración vertical en la prestación de servicios

El modelo de concesión de Matarani responde a un esquema *landlord*, basado en parte en competencia intra-portuaria (acceso a operadores para la prestación de servicios sometidos a competencia) e inter-portuaria. El fomento de la competencia en el ámbito del puerto es un tema complejo, en la medida que es necesario determinar el tipo de competencia que se puede generar y los mecanismos específicos para implementarla. Un primer aspecto es

⁷⁷ Dos preguntas importantes son cómo se puede asegurar que los terceros que no están bajo el control del concesionario puedan mantener dichos niveles y hasta qué punto ello no resulta conflictivo con el acceso.

identificar cuáles son las actividades potencialmente competitivas y en qué medida. Teóricamente, en los casos en que no se requiere el uso exclusivo de activos podría existir competencia: en el extremo, basta con permitir que más firmas entren a competir en el mercado de un servicio específico. En los demás servicios, el tamaño del puerto determina el número de operadores (el cual es limitado) y tipo de competencia posible.

El contrato de concesión debe especificar cuáles servicios serán provistos de forma exclusiva por el concesionario y en cuáles se permite la entrada de otras firmas⁷⁸. En el puerto de Matarani, podemos clasificar los servicios en aquellos que corresponden al concesionario únicamente, los que se encuentran sometidos a competencia y algunos provistos exclusivamente por otras entidades (públicas). Aunque no se señala explícitamente servicios exclusivos del operador, ello ocurre en los casos en que está involucrado el uso de activos que están siendo administrados solamente por éste. En el cuadro 3 se presenta los principales servicios portuarios y los agentes involucrados en su provisión; los servicios en los que el concesionario tiene exclusividad son el amarre/desamarre, uso de amarradero y uso de muelle.

Cuadro 4: Matarani: Competencia en servicios portuarios

| Servicio | <ul style="list-style-type: none"> • Ayudas a la navegación • Recepción | Agenciamiento marítimo y aduanero | Practicaje y remolcaje | <ul style="list-style-type: none"> • Amarre / desamarre • Uso de amarradero • Uso de muelle | Estiba / desestiba |
|-------------------------|---|---|---|--|---|
| Antes de la concesión | Capitanía de puerto | Privado | Privado | ENAPU | Privado |
| Después de la concesión | Capitanía de puerto | Privado (incluyendo empresas del concesionario) | Privado (incluyendo empresas del concesionario) | Concesionario | Privado (incluyendo empresas del concesionario) |

Fuente y elaboración: OSITRAN

La integración vertical en el ámbito de la infraestructura portuaria puede ser un elemento que afecta significativamente la competencia, básicamente por restricciones en el acceso al mercado y discriminación de precios⁷⁹. La integración vertical puede ser ineficiente porque un monopolio que controla una facilidad esencial en la industria puede sabotear a sus competidores y desincentivar la competencia. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de la integración vertical entre el operador portuario y una línea naviera, cuando el operador ofrece a los no vinculados precios mayores, prolonga los tiempos de espera para atracar, sabotea la transferencia de carga o hace que el proceso de carga y descarga sea más lento⁸⁰. Cabe resaltar que la integración vertical no siempre lleva a conductas anticompetitivas.

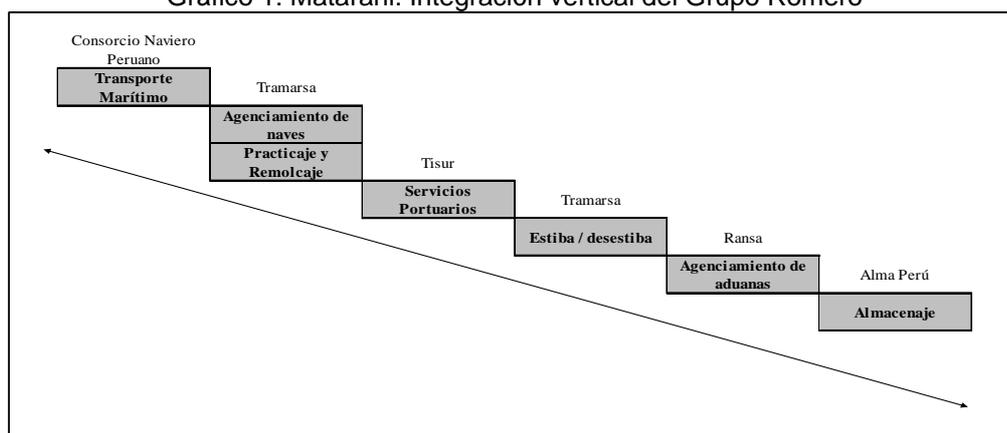
En el contrato del puerto de Matarani, no se prohíbe la integración vertical del concesionario con otras empresas para la prestación de los servicios comprendidos en la cadena logística del transporte. Este es un aspecto potencialmente problemático que puede reducir el grado de competencia en la prestación de algunos servicios, particularmente por el grado de integración alcanzado por el Grupo Romero en la cadena de transporte (ver gráfico 1).

⁷⁸ Trujillo y Nombela (1999), p. 24.

⁷⁹ Trujillo y Serebrisky (2003), p. 2.

⁸⁰ Trujillo y Serebrisky (2003) y Engel, Fischer y Galetovic (2003) analizan este caso y coinciden en este tipo de prácticas como resultado de la integración vertical.

Gráfico 1: Matarani: Integración vertical del Grupo Romero



Fuente y elaboración: OSITRAN

Si bien el contrato de Matarani no contempla cláusulas que prohíban o desincentiven la integración vertical⁸¹, ello podría explicarse por la consideración del tamaño de mercado asociado a la concesión, ya que la prohibición de que empresas vinculadas presten otros servicios puede constituir un desincentivo para participar como operador del puerto (en la medida que podría disminuir la rentabilidad en la operación). Además, si bien no se prohíbe la integración vertical, se regula el comportamiento del concesionario para evitar y castigar prácticas no competitivas y asegurar condiciones de acceso justas y eficientes.

Uno de los efectos de la integración vertical es el poder de mercado que podría tener el operador portuario en conjunto con las firmas vinculadas (hecho que parece tener sustento en la evidencia analizada). Por ello, son relevantes temas de discriminación en la prestación de servicios, regulación tarifaria y acceso para otras firmas en los segmentos competitivos. En el primero de estos aspectos, el contrato incluye una provisión que recoge el principio de equidad, la cual señala que el concesionario debe garantizar que los servicios portuarios sean prestados y puestos a disposición de todos los clientes sin ningún tipo de discriminación (cláusula 6, punto 2). La regulación sobre tarifas se incorpora en el contrato de concesión, fijando topes aplicables al concesionario para servicios como el practicaje y remolcaje, amarre y desamarre, uso de amarradero, uso de muelle y almacenaje en silos, los cuales se mantienen en los primeros 5 años.

Por último, se encuentra el acceso, el cual se refiere a la entrada a la infraestructura por parte de usuarios intermedios para brindar servicios a través de ésta a los usuarios finales. En la medida que el concesionario controla elementos considerados como facilidad esencial, es necesario algún tipo de regulación que permita a otras firmas que participan en segmentos competitivos acceder a dicha infraestructura en condiciones razonables. En este aspecto son aplicables tanto el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (Resolución No. 034-2001-CD-OSITRAN)⁸² como las estipulaciones contenidas en el contrato mismo. En particular, en el segundo de estos instrumentos (anexo 6.1) se estipula que el concesionario deberá proveer de acceso justo y razonable, consistente con los

⁸¹ Otra posibilidad a evaluar es desincentivar la integración o hacerla más transparente estipulando que el pago de la retibución grave también los servicios prestados por las empresas vinculadas, tal como se consideró en los modelos de contrato diseñados para los puertos regionales posteriores a Matarani.

⁸² Esta norma define las reglas básicas de acceso y establece los criterios técnicos, económicos y legales a los que deben sujetarse los contratos de acceso a infraestructura y los pronunciamientos en esta materia de OSITRAN. El ámbito de aplicación de la misma se circunscribe a las actividades calificadas como servicio esencial y que requieren una facilidad esencial. En los casos de “negativas de acceso a infraestructura no calificada como esencial (...) o referida a la prestación de servicios que no sean integrantes de la cadena logística, las partes podrán presentar la denuncia correspondiente ante el INDECOPI por infracción a las normas de libre competencia en la modalidad de negativa injustificada de contratar o cualquier otra que resulte pertinente” (artículo 52).

requerimientos de seguridad del puerto, a terceros con derecho a prestar servicios dentro del puerto (en los casos de servicios sometidos a competencia, en que el concesionario no tiene exclusividad).

En la actualidad, existe efectivamente un grado considerable de integración en las diferentes actividades que se presta en el puerto. En este contexto, hay una percepción por parte de algunos usuarios intermedios que ello resulta perjudicial para la competencia; además, el espectro de actividades reguladas es más bien limitado, ya que el beneficiario de la concesión sólo realiza algunas de ellas. Al analizar experiencias de concesiones en otros países, es posible verificar que existen casos en que la concesión comprende tanto los servicios derivados de la infraestructura como la movilización de carga, esquemas en los cuales se han adoptado soluciones diversas para afrontar el tema de la competencia. En ese sentido, es necesario evaluar si la alternativa que se llevó a cabo en Matarani es la más adecuada o si un modelo integrado bajo la supervisión del regulador hubiera sido preferible.

4.5. Incentivos, penalidades y asignación de riesgo

El objetivo de asegurar que el concesionario lleve a cabo sus responsabilidades de una forma eficiente lleva a introducir incentivos en el contrato (ya sea incentivos positivos o penalidades); ello permite alinear, de cierta forma, los objetivos del concedente con los que tiene el concesionario. Los incentivos son necesarios por las características de los proyectos de infraestructura que los hacen poco atractivos: larga duración, lenta recuperación de las inversiones, considerables volúmenes de capital para llevarlos a cabo, inversiones irre recuperables (una vez realizadas) y un costo operativo (variable) bajo en comparación con la construcción (fijo)⁸³.

Además, la introducción de incentivos se vincula en muchos casos a los riesgos que enfrentan las partes y la forma cómo se asignan éstos entre los agentes. Los principales riesgos que enfrentan las partes en un contrato de esta naturaleza incluyen: la renegociación del contrato ante circunstancias no previstas⁸⁴, excesivos costos operativos, ingresos insuficientes, riesgos financieros y ambientales. El criterio fundamental en estos casos, para lograr una mayor eficiencia, es que el riesgo debe ser asignado a aquel agente que esté en mejores condiciones para enfrentarlo; de tal manera que se asegura que la parte que tenga la habilidad para reducir el riesgo tenga los incentivos para hacerlo y que los riesgos remanentes sean asumidos por el agente para el cual ello es menos costoso⁸⁵.

De este modo, los riesgos en el diseño o construcción que dependen de acciones del concesionario, excesivos costos operativos, cambios en tarifas que están estipulados contractualmente, cambios en la demanda y los riesgos ambientales generados por causa del concesionario, deben ser asumidos por éste. En cambio, la extensión del plazo de construcción por causas que no dependen del concesionario, demoras en la obtención de licencias o permisos, cambios no estipulados en la regulación tarifaria, cambios en el marco normativo, deberían ser asumidos por el concedente. En otros casos, como los desastres naturales, el riesgo debería estar cubierto a través de la contratación de seguros.

Entre los incentivos que se puede incluir en un contrato de esta naturaleza se encuentran los siguientes⁸⁶: reducción y liberación de impuestos, subsidios de parte del Gobierno, garantía

⁸³ Soo Lim, Chin (2002), p.2.

⁸⁴ En cualquier contrato la incertidumbre es una característica que está siempre presente en mayor o menor grado, debido a la imposibilidad práctica de diseñar contratos completos.

⁸⁵ Kerf et al, (1998), p.42.

⁸⁶ Adaptado de la discusión que realiza Soo Lim (2002), p. 5-6.

de ingresos operativos mínimos⁸⁷, cláusulas para compartir el riesgo cambiario o reconocimiento de costos mayores en la construcción. En el contrato de Matarani específicamente se contemplan beneficios tributarios (cláusula 8, punto 2) y la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica por el concesionario, en virtud de la normativa vigente en la materia (cláusula 25, punto 1)⁸⁸. Los beneficios derivados de los regímenes de estabilidad jurídica comprenden la estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio, del régimen de disponibilidad de divisas (su libre transferencia al exterior y la utilización del tipo de cambio más favorable en operaciones cambiarias) y del derecho a no discriminación. En el marco de la concesión de Matarani, tanto TISUR como Santa Sofía Puertos firmaron convenios de estabilidad con vigencia para todo el plazo de la concesión⁸⁹.

La posibilidad de renegociación del contrato es un riesgo importante. Esta opción ocurre por la aparición de condiciones no previstas al momento de elaborar el contrato, además de las acciones de una u otra parte en la búsqueda de mayores beneficios. El contrato debe ser diseñado de tal manera que deje cierta discrecionalidad para aquellos a cargo de interpretarlo y llevarlo a cabo. En definitiva, no es posible prever todas las situaciones y plantear reglas demasiado específicas, ya que ello puede ser un proceso costoso y elimina la flexibilidad necesaria para que las partes resuelvan situaciones nuevas. La cantidad de discrecionalidad que debe mantenerse está en función de tres factores principales: el riesgo del país, la reputación de la firma y las características de la industria⁹⁰. Hasta el momento, como se mencionó previamente, se ha realizado solamente una modificación parcial del contrato de concesión (en el año 2001) en cuanto a las mejoras estipuladas, de acuerdo a nuevas estimaciones de tráfico.

El contrato de Matarani incluye una estipulación específica que recoge plazos, tipos de controversias posibles y la forma en que éstas serán resueltas (cláusula 17). Primero, se plantea la negociación directa o a través de la conciliación, opción que es más sencilla, rápida y menos costosa que otros medios de solución de conflictos. En caso la controversia no pueda ser resuelta por este mecanismo, se determina si ésta es de naturaleza técnica o no técnica. Las controversias técnicas son resueltas a través de la actuación de un perito designado por mutuo acuerdo, el cual tiene facultades para solicitar la información necesaria, efectuar pruebas y solicitar aquellas que requiera. En cambio, las controversias no técnicas son resueltas por arbitraje, el cual será internacional o nacional según la cuantía involucrada. Las cláusulas referidas a la resolución de controversias parecen abarcar todas las eventualidades posibles, fijando medios adecuados para cada caso; la necesidad de recurrir a estos procedimientos depende, en gran medida, de qué tan bien ha sido diseñado el contrato.

Finalmente, también se ha incluido en el contrato diferentes penalidades, tales como: aplicación de tasas moratorias ante el no cumplimiento de los pagos al Estado en los plazos requeridos, el monto que deberá pagar el concesionario en caso no se realicen las mejoras obligatorias⁹¹ y la declaración inmediata de caducidad de la concesión ante los casos

⁸⁷ En caso que éstos sean menores a las estimaciones prescritas en el contrato de concesión una parte del ingreso operativo es garantizado por el Gobierno; en cambio, si éste excede las proyecciones, se puede pactar que los ingresos en exceso reviertan para el Estado.

⁸⁸ Los contratos de estabilidad jurídica están regulados por los Decretos Legislativos No. 662 (Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera) y No. 757 (Ley marco para el crecimiento de la Inversión Privada), Decreto Supremo No. 059-96-PCM (Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos) y la Ley No. 26885 (Ley de incentivos a las concesiones de obras de infraestructura y servicios públicos).

⁸⁹ El plazo estipulado para estos convenios es superior al que normalmente tiene un instrumento de esta naturaleza (diez años).

⁹⁰ Kerf, M. et.al. (1998), p. 46.

⁹¹ Este conlleva asimismo, la posibilidad del concedente de dar por terminada la concesión.

explícitos en que se reconoce un incumplimiento por parte del concesionario. En este caso, también se trata de estipulaciones necesarias ante conductas no deseadas del concesionario respecto de las principales obligaciones contractuales. No obstante, siempre existen casos en que el incumplimiento de una de las partes es justificado, razón por la cual se define el concepto de fuerza mayor para determinar situaciones en que se puede eximir de responsabilidad a una de las partes (ver acápite 3.2).

5. ¿QUÉ ALTERNATIVAS ES POSIBLE PLANTEAR PARA EL MODELO DE CONCESIÓN?

El análisis teórico de las formas de administración portuaria y las experiencias internacionales permitió extraer algunos elementos alternativos para la construcción de un modelo de concesión en Matarani. Adicionalmente, en la sección anterior se analizó los diferentes elementos del modelo de concesión del puerto de Matarani, identificándose algunos de ellos que podrían haberse diseñado de manera diferente a la luz de la experiencia internacional y literatura conceptual. Sobre la base de lo anterior, los temas que analizaremos a continuación comprenden el criterio de selección, el plazo, cómo se fija la contraprestación para el Estado, el tipo de metas que se establece y el grado de integración que se permite al concesionario en la prestación de servicios.

5.1. Criterio de selección

El empleo de un pago inicial como criterio de selección sirve en parte para compensar al Estado por los ingresos que deja de percibir, con lo cual se incorpora un objetivo más bien financiero. En el caso de Matarani, como vimos, se privilegió este aspecto al momento de diseñar el criterio de selección (definido como el mayor pago inicial al Estado). Sin embargo, el objetivo final en los procesos de concesiones portuarias debería ser incrementar las opciones el transporte de carga y la reducción de costos para los usuarios finales. Un criterio de selección alternativo, compatible con dicho objetivo, es una oferta basada en el menor índice tarifario tope. En la práctica, éste puede estar compuesto por varios servicios y permite que el ganador estructure sus tarifas dentro de dichos márgenes a su mayor conveniencia. De forma complementaria, es necesario un índice mínimo (o piso tarifario) por debajo del cual no sea posible realizar ofertas, con el fin de evitar que éstas sean poco realistas y asegurar que reflejen el costo el capital invertido en la infraestructura preexistente en el puerto⁹². Ante la eventualidad que varios postores coincidan en el piso tarifario, se puede determinar como criterio para definir al ganador la realización de un pago inicial.

La utilización del menor índice tarifario tope como factor de competencia proviene de la experiencia de concesiones portuarias en Chile; aunque no se tiene abundante información al respecto, parece haber sido un mecanismo exitoso en la medida que está aún presente en los últimos procesos convocados (el caso de Arica a inicios de 2004). En definitiva, el empleo de un criterio de selección basado en la oferta del menor índice tarifario tope, debería redundar en beneficios a los usuarios. Sin embargo, es de esperar que podría resultar perjudicado afectado el Estado, quien recibirá una contraprestación menor y ésta podría no ser suficiente para compensarlo por la pérdida de ingresos que ocasiona dejar de operar el puerto.

5.2. Plazo de la concesión

Los proyectos de infraestructura normalmente están caracterizados por la presencia de considerables inversiones, lo cual se traduce en la necesidad de un plazo suficiente para la

⁹² Engel, Fischer y Galetovic (2003) señalan que esta última fue la principal razón de su inclusión en el diseño de los procesos en Chile. De acuerdo a ellos, el argumento del regulador es que un índice tarifario muy bajo que no refleje el capital invertido en la infraestructura preexistente desincentiva la entrada de nuevos puertos (no pueden competir en iguales condiciones porque se verían obligados a cubrir la inversión en capital).

recuperación de inversiones. Por ello, la determinación de antemano de un plazo rígido puede constituir un incentivo negativo para la realización de ciertas inversiones, en las que estén involucradas largos periodos de recuperación. Como fue señalado previamente, el plazo establecido para la concesión de Matarani es de 30 años (susceptible de prórroga hasta un máximo de 60 años), el cual parece acorde con las prácticas en el sector; sin embargo, podría haber contemplado alguna alternativa que sea más flexible y se adecue a los proyectos de desarrollo del puerto.

En algunas experiencias de concesiones latinoamericanas se ha considerado mecanismos que permiten en cierta medida flexibilizar el plazo de la concesión y atenuar este problema. La introducción de mecanismos de este tipo redundaría en beneficios tanto para el concesionario (quien puede contar con un plazo coherente con las inversiones propuestas) como para el Estado (el cual puede generar más incentivos para el desarrollo de la infraestructura). En Colombia y México se establece que el plazo estipulado en el contrato se encuentra directamente vinculado a las inversiones propuestas por el concesionario y las características de los proyectos a llevar a cabo en el puerto. De esta manera, una alternativa para el modelo propuesto en Matarani es determinar una vigencia máxima de la concesión y fijar el plazo exacto de acuerdo al contenido de la propuesta técnica de los postores.

5.3. Contraprestación al Estado

El objetivo de la contraprestación fijada para el Estado debería ser compensarlo en alguna medida por los menores flujos que recibe al no operar el puerto; además, ésta debería estar vinculada en alguna medida al valor de los bienes que se entrega en concesión. La contraprestación establecida en el contrato de Matarani se determina en función de los ingresos brutos del concesionario; no obstante, deja de lado cualquier parámetro relacionado a aquellos activos que se entrega en concesión. Una alternativa posible, sobre la base de las experiencias de Chile y México, es el establecimiento de un monto mínimo para dicha retribución, el incremento progresivo de ésta de acuerdo al tráfico o los ingresos netos del concesionario (de tal manera que se comparta en algún grado el riesgo comercial de la operación) y, probablemente, algún límite para ésta.

El monto mínimo debería ser establecido como un porcentaje del valor en libros de los activos, con lo cual se aproxima lo que podrían haber constituido los ingresos financieros derivados de la venta de dichos activos⁹³. En Chile, el Reglamento de Licitaciones determina un monto del pago mínimo del canon a privados sobre la base del valor económico de los activos de la empresa portuaria objeto del acto o contrato y una tasa de interés de mercado. Los beneficios de un mecanismo de esta naturaleza serían para el Estado, siempre que ello le permita estimar de una forma más precisa el costo de oportunidad de los activos que se entrega al sector privado. Un problema que podría presentarse en la práctica es tener un valor de la retribución mínima propuesta mayor a los ingresos que efectivamente obtiene el concesionario, ante lo cual podría regularse en el propio contrato alguna situación excepcional en que se permita suspender los pagos o posponerlos hacia periodos futuros.

La introducción de un máximo a la contraprestación al Estado constituiría un incentivo en el contrato: a pesar del incremento de la retribución ligado a alguna variable de desempeño del puerto (como los ingresos del concesionario o el tráfico), en caso se obtengan resultados mucho mejores que los esperados, se permitiría al concesionario tener una mayor participación de éstos. En el caso de México, la regulación tarifaria del sector considera una

⁹³ Antes de la entrega en concesión del puerto de Matarani, el valor neto en libros de la cuenta inmueble, maquinaria y equipo representaba alrededor de 25 millones de soles. Aplicando un porcentaje entre 5% y 10%, llegamos a una retribución entre 1.25 y 2.5 millones de soles por año. Estas cifras son similares a las que se obtendría de la suma de la retribución, tasa regulatoria y el pago inicial prorrateado durante la vigencia de la concesión.

contraprestación para contratos de cesión parcial de derechos como un porcentaje (no mayor al 12%) de la valuación realizada por la Comisión de Avalúos y Bienes Nacionales (CABIN) a las instalaciones entregadas en concesión.

5.4. Fijación de Metas

En el contrato de Matarani, como analizamos en el acápite anterior, se optó por fijar metas de inversión, criterios mínimos de operación y criterios de calidad en la prestación de servicios. El mayor énfasis y detalle se plasmó en la definición de las inversiones, lo cual impone cierta rigidez a las acciones que puede llevar a cabo el concesionario. En el segundo caso se trata de la implementación de certificados ISO y en el último, el compromiso para mantener ciertos niveles en indicadores clave. No obstante, como señalamos, los niveles establecidos en la propuesta técnica para los indicadores parecen conservadores y no reflejan una mejora significativa en la eficiencia del puerto.

En general, las metas de desempeño (implementadas a través del empleo de indicadores de eficiencia) son preferibles a determinar exactamente las obras que debe llevar a cabo el concesionario (con múltiples detalles técnicos), ya que ello permite mayor flexibilidad en los planes para el desarrollo del puerto. Ello se vio reflejado en el caso de la concesión del puerto de Matarani en la necesidad de renegociar el contrato y suscribir la primera adenda, que como vimos anteriormente, se requirió para modificar las metas de inversiones frente a cambios en la composición de la carga. De forma complementaria, es posible establecer penalidades ante el incumplimiento, como incentivos para el respeto de dichos compromisos. Asimismo, se puede sujetar los indicadores de desempeño a una mejora progresiva durante el plazo de la concesión, de tal manera que esté implícita la realización de ciertas obras para alcanzar cada vez niveles más altos de eficiencia (hasta ubicarse en estándares internacionales).

El Estado debería ser uno de los beneficiados si se adoptan medidas de esta naturaleza, ya que se simplifica la elaboración del contrato y la supervisión estricta que debe ejercer el regulador sobre la realización de las obras. Además, el establecimiento de metas adecuadas constituye un beneficio para los usuarios si éstas se traducen en mejoras en la eficiencia que tengan contrapartida en los costos que este grupo enfrenta en el puerto.

5.5. Integración de servicios en el modelo de concesión

En el modelo de concesión de Matarani, como hemos indicado, se consideró libre acceso para algunas actividades y no se prohibió la integración vertical, lo que resultó que en la práctica se observe una alta concentración en varias de los servicios que se ofrecen en el puerto y que por ser libre acceso no se encuentran regulados. En la medida que el grado de integración de los servicios es alto y el tamaño de mercado es limitado, cabe preguntarse por qué no se consideró un esquema con un solo operador que se encargue de la prestación de todos los servicios en el puerto de forma integrada⁹⁴, en lugar del régimen actual. En Chile se han llevado a cabo concesiones portuarias con esquemas mono-operador; además, existen terminales en diferentes puertos de México en los cuales el concesionario lleva a cabo las maniobras de carga en forma exclusiva.

Un aspecto negativo de adoptar un esquema integrado es el mayor poder de mercado que podría ejercer el operador (en perjuicio del usuario final a través de mayores tarifas), para lo cual son cruciales la regulación y la previsión de un grado suficiente de competencia (aunque

⁹⁴ Los conceptos que naturalmente deberían ser integrados comprenden a todos aquellos requeridos para la movilización de la carga (estiba, transferencia, manipuleo, almacenamiento en el puerto) y los que se vinculan a la infraestructura (uso de muelle a la nave y a la carga). Incluso en esta opción se podría admitir el acceso de terceros en algunos servicios, como el practicaje y remolcaje.

cabe mencionar que en el modelo actual se requiere también de una regulación eficiente del acceso a los servicios no prestados en exclusividad por el concesionario). Por otro lado, una alternativa de esta naturaleza sería más atractiva para un privado⁹⁵ y podría ser un incentivo para la realización de inversiones más significativas, ya que le permite asumir la prestación de otros servicios que pueden ser más rentables (como la estiba), los cuales bajo el modelo vigente deberían ser sometidos a libre competencia. Asimismo, permitiría generar mayor eficiencia a través de economías de escala y de ámbito, lo cual debería traducirse en menores costos para el usuario final (lo cual es un interés central de este grupo).

En última instancia, cabe preguntarse si no resulta más atractivo un esquema en el que la integración vertical que ocurre en algunos servicios prestados en el puerto en la práctica, sea transparente, de manera que el regulador tenga capacidad de acción sobre una parte más extensa de la cadena de transporte y que permita establecer alguna contraprestación del grupo integrado al Estado (que refleje el conjunto de actividades que se realizan en este contexto y no sólo una parte de ellas). En el caso de Matarani, se podría haber adoptado un modelo con estas características, posiblemente con mejores resultados. Un factor importante a tomar en cuenta antes de optar por este tipo de modelo es el de realizar un análisis previo de la viabilidad de una competencia inter-portuaria significativa, en este caso con los puertos de Ilo, Arica y terminales privados de la región.

En el cuadro 4 se presenta un resumen del modelo de concesión, con las alternativas propuestas en cada tema analizado.

⁹⁵ Ello es particularmente cierto si se plantea como objetivo atraer a alguna empresa con experiencia internacional y que tenga mayor capital para invertir. En las condiciones actuales, la realización de un proceso de concesión en el sector es más atractivo para aquellas empresas que realizan actualmente algunas actividades, lo cual no es necesariamente la solución óptima para el desarrollo de la infraestructura portuaria.

Cuadro 5: Matarani: Modelo de concesión y propuestas para esquema alternativo

| | Modelo de concesión | Modelo alternativo |
|--|---|---|
| Modelo de Administración | <i>Landlord</i> | <i>Landlord</i> |
| Tipo de gestión | Descentralizada | Descentralizada |
| Infraestructura | Concesionario | Concesionario |
| Superestructura | Concesionario y operadores | Concesionario |
| Selección del operador | Licitación pública | Licitación pública |
| Criterio de selección | <ul style="list-style-type: none"> • Precalificación de postores. • Mayor oferta económica por encima de un precio base | <ul style="list-style-type: none"> • Mínima tarifa máxima (índice de servicios básicos) sobre un piso pre-fijado. • En caso de empate, definición según mayor pago inicial al Estado. |
| Plazo | 30 años | Máximo de 60 años |
| Incentivos para los postores | <ul style="list-style-type: none"> • Posibilidad de prórroga discrecional del plazo en tanto el total no exceda los 60 años. • Garantía de fiel cumplimiento. • Beneficios tributarios y suscripción de convenio de estabilidad jurídica. • Penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales. | <ul style="list-style-type: none"> • Plazo de concesión se establecerá en función de las propuestas de desarrollo del puerto. |
| Principales derechos | <ul style="list-style-type: none"> • Operación del puerto y prestación de servicios (algunos de los cuales son por naturaleza, exclusivos). • Explotación de los activos que antes eran administrados por ENAPU. | Idéntico al modelo original |
| Principales obligaciones | <ul style="list-style-type: none"> • Responsable por el diseño, construcción, conservación, reparación y mantenimiento del puerto. • Inversiones obligatorias e inversiones eventuales estipuladas en contrato. • Retribución igual a 5% de los ingresos brutos y tasa regulatoria de 1% para OSITRAN. | <ul style="list-style-type: none"> • Retribución mínima calculada aplicando una tasa de interés al valor contable de los activos en concesión. • Aumento de la retribución en proporción a ingresos netos del concesionario y vinculados que operan en el puerto. |
| Metas de desempeño | <ul style="list-style-type: none"> • Puesta en operación y mantenimiento de certificados de garantía de calidad (ISO) • Estándares básicos: compromiso de no exceder el 60% en promedio de ocupación de amarraderos y ritmos de transferencia para productos específicos. | <ul style="list-style-type: none"> • Indicadores de desempeño sujetos a mejora progresiva. • Penalidades económicas asociadas al incumplimiento de las metas. |
| Tipo de competencia | Inter-portuaria Intra-portuaria | Inter-portuaria |
| Número de operadores | Multi-operador | Mono-operador |
| Restricciones a la integración y ejercicio de poder de mercado | <ul style="list-style-type: none"> • No se establece restricciones para la integración vertical. | Concesionario integrado verticalmente |
| Regulación tarifaria | <ul style="list-style-type: none"> • Tarifas máximas a algunos servicios. | <ul style="list-style-type: none"> • Tarifas máximas fijadas a través de factor de competencia. |
| Cláusulas laborales | <ul style="list-style-type: none"> • Concesionario tendrá libertad para contratar al personal necesario para la operación del puerto. • El concedente deberá facilitar la transferencia de cualquier empleado existente en el puerto. | Idéntico al modelo original |

Fuente: Contrato de concesión y experiencias internacionales.
Elaboración: GRADE.

6. Conclusiones

El diseño del modelo de concesión incorpora, en última instancia, los objetivos planteados por el Gobierno al momento de iniciar un proceso para incorporar mayor participación privada. En algunos casos, estos fines no son adecuadamente establecidos y no se encuentran correctamente alineados con la búsqueda de mayor eficiencia en la prestación de los servicios y la reducción de costos para los usuarios. En la concesión de Matarani, se analizó con énfasis algunos aspectos:

- El criterio de selección del mayor pago inicial considera más un objetivo financiero antes que el desarrollo del puerto. Un criterio alternativo coherente con la reducción de costos para los usuarios es utilización del menor índice tarifario tope como factor de competencia.
- El plazo es importante por las considerables inversiones que requieren proyectos de esta naturaleza, las cuales tienen un largo periodo de recuperación. Un plazo fijo como el establecido, aunque parece razonable a la luz de otras experiencias de concesiones en el sector, puede ser un desincentivo para invertir de parte del concesionario. En el modelo, deberían considerarse opciones que permitan mayor flexibilidad en la duración de la concesión.
- La contraprestación al Estado debe reflejar, en parte, la pérdida de ingresos para el Estado y también tener alguna relación con el valor de los activos entregados en concesión. A pesar que la retribución que se fijó en Matarani se vincula al riesgo comercial de la operación (en la medida que se expresa como un porcentaje de los ingresos del concesionario), debería contemplar algún valor mínimo sobre los bienes que recibe el concesionario. Además, es posible establecer algún valor máximo como incentivo para un mejor desempeño.
- En el contrato de Matarani se otorgó mayor énfasis a las metas de inversión y algunos criterios sobre la calidad de los servicios que reflejan mejoras discretas. En cambio, parecen más adecuadas metas de desempeño (sujetas a una mejora progresiva), las cuales permitirían reducir la necesidad de información y supervisión por parte del regulador, además de simplificar la elaboración del contrato.
- El grado de integración de servicios en Matarani es alta. Considerando este factor, cabe preguntarse hasta qué punto no resulta preferible una situación con un concesionario integrado (de forma transparente) que puede realizar una gama más amplia de actividades. En este último caso, dichos servicios podrían ser regulados, incorporarse en el cálculo de la contraprestación que se paga al Estado y hacer más atractiva la operación del puerto para algún operador internacional con experiencia en el sector.

El análisis del modelo de concesión aplicado en Matarani, a la luz de algunas experiencias internacionales, revela diferentes elementos en los cuales ésta podría haber tenido un mejor diseño. En un contexto en el que se espera la continuación de procesos de esta naturaleza en el sector, es importante la identificación de estos aspectos y el planteamiento de alternativas.