

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 443-2013-CD-OSITRAN

A las veintidós horas con cincuenta y seis minutos del primero de febrero del año dos mil trece, se inició una Sesión Extraordinaria (virtual) del Consejo Directivo, con la participación de los miembros del Consejo Directivo, señores: Jesús Tamayo Pacheco, César Sánchez Módena y Juan Carlos Paz Cárdenas, bajo la Presidencia de la señorita Patricia Benavente Donayre.

Asimismo, participaron la señora Virginia Nakagawa Morales, Gerente General, y el señor Carlos Anibal Malca Maurologoitia, en calidad de Secretario del Consejo Directivo, quien realizó la respectiva convocatoria por encargo de la Presidente, precisando que la sesión se mantendría abierta hasta las dieciocho horas del cuatro de febrero del año dos mil trece.

I.- ORDEN DEL DÍA

1.1.- Opinión sobre la propuesta de tercera adenda al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani.

La Administración somete a consideración del Consejo Directivo el Informe N° 004-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN a través del cual las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal, emiten opinión técnica respecto de la propuesta de modificación del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani (TPM); la misma que fue presentada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) y la empresa concesionaria Terminales Internacional del Sur S.A. (TISUR o el Concesionario).

En el precitado informe se concluye, entre otras cosas que, en base a los costos de transacción identificados y el análisis costo-beneficio social, la alternativa óptima y eficiente para el Estado es el otorgamiento de la franja acuática a la concesión de TPM, no obstante de lo cual, ello no implica la inexistencia de la compensación al Estado por dicha entrega u otorgamiento adicional, para efectos de evitar se vulnere el principio de equilibrio entre las partes del contrato.

Además, se indica quedada la información presentada en el marco de la aprobación de la referida adenda, existe incertidumbre sobre determinadas variables como inversión, costo de operación, tarifa y demanda. Por ello, se recomienda incluir un procedimiento, metodología, modelo o fórmula específica para la determinación de la correspondiente compensación a favor del Estado, por el otorgamiento de la franja acuática adyacente al área de reserva de la concesión de TPM; identificándose las variables que poseen un elevado nivel de incertidumbre y que deberán ser incorporadas al modelo o fórmula previo al inicio de operaciones del proyecto Bahía Islay, precisando además cuál será el destino de los recursos.

El señor Sánchez Módena consideró que faltaría un mayor análisis de los informes emitidos por el Concedente y las consultorías relacionadas, puesto que simplemente se está haciendo suyo los resultados sobre concluir que la alternativa óptima y eficiente para

el Estado es otorgar la franja acuática a la concesión de TPM y que esta opción tendría menores costos que emprender la promoción de un nuevo proyecto.

Sin embargo, el señor Sánchez agregó que el informe sí deja claro, que el no compensar al Estado por entregar la franja acuática adicional puede vulnerar el equilibrio entre las partes del contrato (se establecería una modificación sustancial); y que existe mucha incertidumbre respecto a las variables, aunque sí existe una metodología que podría determinar el nuevo porcentaje de retribución al Estado.

Al respecto, el señor Sánchez indicó que la conclusión de otorgar o no la franja acuática a la concesión, se deriva de calcular su valor a partir de lo que le pueda producir a futuro al actual concesionario o a otro. Es decir, dicho otorgamiento depende de un análisis económico. En tal sentido, señaló que no se deja claro si se analizó únicamente la situación con el concesionario actual o con la posibilidad de realizar una nueva concesión integral (resolviendo la actual, por ejemplo). Reconoce que es responsabilidad del concedente calcularlo, pero el Regulador no puede hacer suyas ese tipo de conclusiones, más aún si se afirma que se debe incluir un procedimiento, metodología y fórmula necesaria para cálculo de la compensación al Estado.

Sobre el particular, la Presidente del Directorio indicó que el MTC señaló en el informe que remitió, que no tiene otros proyectos portuarios en la zona, tampoco hay un Plan de Promoción de la Inversión aprobado en PROINVERSIÓN al respecto (salvo el Terminal de San Martín, en Pisco). Por lo tanto, ambos casos están relacionados con la evaluación a cargo del sector sobre la conveniencia en materia de selección de proyectos.

Por otro lado, la señorita Benavente agregó que la franja acuática, que es materia de la solicitud, tiene valor económico siempre y cuando esté asociada al negocio en marcha. Señaló que desde el punto de vista regulatorio, no tendría sustento pedir que se valore el área acuática de forma aislada. Además, en este contexto es importante tener en cuenta también, que el MTC ha autorizado uso temporal de otra área acuática a Xstrata.

Además, la Presidente indicó que se puede entender la preocupación dado el pronunciamiento anterior de OSITRAN, pero es importante no perder de vista que, como Organismo Regulador, corresponde dar opinión técnica sobre los términos de la modificación de esta concesión, pero no decidir ni condicionar una evaluación de este tipo, al hecho que el sector demuestre que esta modificación de contrato es mejor que licitar otro proyecto portuario adyacente al TPM.

Por su parte, el señor Paz Cárdenas sugirió realizar algunas modificaciones de forma (numerales 55 y 92 del informe) y en el numeral 46 solicitó que se explique de manera más clara la comparación entre ingresos y costos. Además agregó que considera que la zona objeto de este informe solo tiene sentido económico como parte de una concesión más grande y es una magnífica oportunidad para que el Estado, sin tener que arriesgar nada, incremente el potencial de la zona a través de la gestión de privados, por lo que encuentra difícil de superar la opción de ampliar la concesión, frente a cualquier

alternativa que implicaría una mayor exposición al riesgo por parte del Estado, además de los costos ya aludidos y las demoras, que pueden ser incalculables.

El señor Sánchez, señaló que del análisis realizado por el Concedente (informe OGPP), no le queda claro que la adenda sea la alternativa óptima y eficiente. No se ha realizado ninguna cuantificación de los costos de transacción ni de los costos de emprender la promoción del nuevo proyecto. El hecho que actualmente no exista una iniciativa privada que esté solicitando el área acuática, no significa que no exista interés por el proyecto; en efecto, TISUR tiene interés y si se obtiene la devolución del área terrestre a favor del Estado y se promociona el nuevo proyecto, sin dudas habrá al menos una iniciativa privada interesada. En un extremo es posible que TISUR devuelva el área terrestre, a través de una adenda, al Estado y éste lo licite. Es lo mismo que está solicitando TISUR, pero en sentido inverso. Lo dicho no quiere decir que realicemos dicho análisis, sino que no debe concluirse, sin mayor evaluación, que el informe del concedente es aceptado.

También precisó que el orden de los temas no es muy claro. La propuesta de una nueva concesión se analiza al inicio, pero de manera aislada, sin vinculación con lo dicho en el Informe 016-12-GRE-GS-GAL. Adicionalmente, considera que debería analizarse si el Concedente, con los nuevos informes remitidos, ha absuelto cada una de las observaciones realizadas por el Regulador en dicho Informe.

El señor Sánchez, agregó que con relación al WACC, para el nuevo proyecto debería considerarse un enfoque prospectivo (se dice en el informe), pero también debe tenerse en cuenta que los riesgos del proyecto son totalmente distintos a los que actualmente asume TISUR. Por ejemplo, con el proyecto de Xstrata, TISUR se descarga del riesgo de la demanda, lo cual debería ser considerado en el cálculo del WACC. Claro, lo mejor sería tener un modelo que tenga los riesgos en forma explícita en cada variable de incertidumbre.

La señorita Presidente, señaló que ha solicitado que se revisen las observaciones puntuales anteriormente descritas, y se fortalezca el informe en esos puntos, clarificando las líneas de análisis. Adicionalmente, añadió que se ha requerido se analice lo relacionado con la responsabilidad a cargo del Estado respecto de los diferentes escenarios, dejando muy claro que la decisión de Estado en etapa de selección de proyectos, es responsabilidad del MTC, como sector.

La Presidente agregó que, justamente para dejar claramente delimitada la responsabilidad del Regulador, ha pedido se indique expresamente que, en lo que se refiere a las distintas etapas del ciclo de un proyecto de inversión (de una APP), OSITRAN tiene competencia en la etapa de ejecución, y opina, en la etapa de diseño de contratos y su renegociación; precisando claramente que la etapa previa al diseño (selección de proyectos), está excluida de nuestro ámbito de competencia, esto de conformidad con el ordenamiento legal vigente.

En esa línea, la señorita Presidente señaló que no le corresponde a OSITRAN analizar los costos de una nueva licitación o los costos de transacción asociados a re-licitar, puesto

que si así se hiciera, se estaría excediendo el marco legal vigente. Asimismo, señaló que en los diferentes Planes Maestros de Desarrollo del TP de Matarani y Planes nacionales de Desarrollo Portuario, el área de reserva del TP Matarani había estado afectada a la concesión de TISUR, por lo que plantear que se excluyera del ámbito de TISUR ese derecho, era contrario a la normativa legal y podía implicar un alto riesgo de una demanda del concesionario contra el Estado, lo cual era conveniente tomarlo en cuenta.

En virtud de lo dispuesto por la Presidencia, el señor Malca, en calidad de Secretario del Consejo Directivo, a las once horas con cuarenta y cuatro minutos del cinco de febrero de dos mil trece envió el Informe N° 005-13-GRE-GS-GAL que recoge los comentarios y observaciones manifestados anteriormente por los señores Directores, precisando en un correo electrónico posterior que la sesión se mantendría abierta hasta las diecinueve horas con quince minutos del mismo día.

Los señores Directores Tamayo y Paz Cárdenas manifestaron su aprobación al informe. El señor Sánchez manifestó estar de acuerdo con el informe, salvo por algunos ajustes de forma y la sugerencia para que en el numeral 64 se precise en pie de página que el Concedente debería tener en cuenta que al desestimar el licitar nuevamente el proyecto perderá poder de negociación con el Concesionario, por lo que la probabilidad de lograr beneficios mayores que en la situación alterna se reducen. Además, agregó que las conclusiones deben estar acordes con lo indicado en el mencionado numeral.

Sobre el particular, la Administración sugirió eliminar el numeral 64 del informe, esto en virtud de que el análisis sobre las diversas opciones que tendría el Concedente para explotar el área acuática adyacente al TPM a través de la participación público-privada, se basa en la teoría de subastas; y, específicamente, en los costos que acarrearía cada una de las opciones analizadas (escenario con subasta y sin subasta). La conclusión de este análisis es clara: La opción de que TISUR explote la mencionada área es la más eficiente y la menos onerosa para la sociedad.

En este contexto, si bien el numeral 64 alude al ejercicio teórico que se hizo, en realidad su aporte respecto de la conclusión del informe, es poco significativo y ha generado discrepancias (en la medida que como ejercicio teórico abre escenarios). Asimismo, la Presidente señaló que no podía dejarse de lado el hecho que no corresponde al regulador opinar sobre la decisión del Estado para seleccionar proyectos de inversión a través de una nueva subasta. En tal sentido, y tomando en cuenta el vencimiento del plazo legal de OSITRAN para notificar, se propone realizar la eliminación del mencionado numeral, por lo que en concordancia con lo anterior se estará reemplazando la conclusión iii) del informe, en función del análisis de costos antes indicado.

La Presidente comunicó que el plazo para la emisión de las respectivas opiniones se ampliaba hasta las quince horas del seis de febrero de dos mil trece.

La señorita Benavente así como los señores Paz Cárdenas y Tamayo, manifestaron estar de acuerdo con la eliminación del Numeral 64, por lo que otorgaron su aprobación al

informe. El señor Sánchez, manifestó su disconformidad con dicha eliminación propuesta, por lo que en el plazo legal emitiría su voto singular.

En consecuencia, los señores miembros del Consejo Directivo, acordaron por mayoría lo siguiente:

**ACUERDO N° 1531-443-13-CD-OSITRAN
de fecha 6 de febrero de 2013**

Vistos el Informe N° 005-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, el Oficio N° 139-2013-MTC/25, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó opinión respecto de la Tercera Adenda al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, así como el Oficio N° 2457-2012-MTC/25, el Oficio N° 1133-2012-MTC/25, mediante el cual se remitió el Oficio N° 042-2012-TISUR/GG de Terminal Internacional del Sur S.A., que contiene la propuesta de modificación; el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917; el artículo 37 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y 046-2007-PCM; así mismo, en concordancia con las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701, el Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas, y su Reglamento; y, de acuerdo con lo establecido en el referido Contrato de Concesión; acordó por mayoría:

- a) Aprobar el Informe N° 005-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN referido a la propuesta de tercera adenda al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani, a cargo de la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del Oficio N° 139-2013-MTC/25.
- b) Dicho informe tiene carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, que establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria a la Ley.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informes N° 005-13-GRE-GS-GAL a Concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

A continuación se transcribe el voto singular remitido por el señor Sánchez Módena las diecinueve horas con doce minutos del siete de febrero de dos mil trece.

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SÁNCHEZ MÓDENA

No he brindado mi conformidad al siguiente informe que corresponden a la orden del día de la sesión virtual 443 del cinco de enero del dos mil trece:

- Informe N° 005-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN referido a la propuesta de tercera adenda al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani.

Los motivos los siguientes:

El informe debería abordarse respecto de si el Concedente, con la nueva información remitida, ha absuelto cada una de las observaciones realizadas por el Regulador en el Informe 016 (punto por punto) tal como es usual en este tipo de casos.

Desde mi perspectiva no se analiza en forma rigurosa los informes emitidos por el Concedente y las consultorías relacionadas en lo que se refiere a concluir que la alternativa óptima y eficiente para el Estado es otorgar la franja acuática a la concesión de TPM, sin embargo, el informe si deja claro que el no compensar al Estado por entregar la franja acuática puede vulnerar el equilibrio entre las partes del contrato (se establecería una modificación sustancial) y que existe mucha incertidumbre respecto a las variables el cálculo de la compensación.

Desde un enfoque económico, para calcular la compensación al Estado, es importante evaluar la situación con y sin subasta. De esta forma, si se supone que los beneficios que obtendrá el Estado en ambos escenarios (con y sin subasta) son los mismos, puede proyectarse que la diferencia entre los beneficios netos de licitar nuevamente el proyecto serían menores que los beneficios netos del escenario sin subasta. La explicación radica en lo elevado costos de transacción identificados por el Concedente (costos de estructuración del proyecto, costo de indemnización al concesionario, etc); sin embargo, es importante que el Concedente tenga en cuenta que al desestimar el licitar nuevamente el proyecto perderá poder de negociación con el Concesionario, por lo que la probabilidad de lograr beneficios mayores que en la situación alterna se reducen.

1.2.- Recurso de reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos e Interpretación de parte del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita (prestación el servicio de uso de grúas móviles en el Muelle Espigón Existente, en calidad de servicio especial).

La Administración somete a consideración del Consejo Directivo el Informe N° 001-13-GRE- GAL-OSITRAN a través del cual las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal emiten opinión técnica sobre i) El recurso de reconsideración presentado por Terminales Portuarios Euroandinos (TPE) contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN; y, ii) La procedencia del inicio del procedimiento de interpretación de parte del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita (TPP), a fin de determinar si la empresa concesionaria puede prestar el servicio de uso de grúas móviles en el "Muelle Espigón Existente" en calidad de servicio especial.

En el informe sometido a consideración del Consejo Directivo, se concluye que es pertinente reconducir el mencionado recurso de reconsideración presentado por TPE, como una solicitud de interpretación, recomendándose el inicio del procedimiento respectivo, con el objeto de determinar si dicho concesionario puede prestar o no el servicio de uso de grúa en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial, teniendo en consideración las disposiciones establecidas en las cláusulas 1.18.72 (Obras mínimas), 1.18.73 (Obras de la Inversión Adicional – Obras IA), 1.18.89 (Servicios Estándar), 1.18.90 (Servicios Especiales), 8.17 (Servicio Estándar), 8.18 (Servicios Especiales), Anexo 5 (Régimen Tarifario), los Apéndices 1 (Inversiones Mínimas) y 2 (Inversión Adicional) del Anexo 9 y la sección 8.1.2.1 del Anexo 16 (Propuesta Técnica del Consorcio Terminales Portuarios Euroandinos para el TPP) y aquellas otras que resulten aplicable.

Los señores miembros del Consejo Directivo, luego de la correspondiente lectura del informe, acordaron por unanimidad lo siguiente:

**ACUERDO N°1532-443-CD-OSITRAN
de fecha 6 de febrero de 2013**

Vistos el Informe N° 001-13-GRE-GAL-OSITRAN, el Proyecto de Resolución que adjunta, la Carta N° 115-11-TPE-GG, el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN, el Recurso de Reconsideración interpuesto por Terminales Portuarios Euroandino Paita S.A. contra el mencionado oficio; y según lo informado por el Gerente General, el Consejo Directivo de OSITRAN, en ejercicio de la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión establecida en el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; el literal d) del artículo 53 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y 046-2007-PCM; así como, en virtud a lo normado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el proyecto de Resolución de Consejo Directivo adjunto al Informe N° 01-13-GRE-GAL-OSITRAN, que resuelve:
- Reconducir el Recurso de Reconsideración presentado por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra el Oficio N° 072-11-GRE-OSITRAN a través del procedimiento de interpretación de Contrato Concesión.
 - Disponer el inicio a solicitud de parte del procedimiento de interpretación del Contrato de Concesión, con el objeto de determinar si Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. puede prestar o no el servicio de uso de grúa en el Muelle Espigón Existente en calidad de Servicio Especial, teniendo en consideración las disposiciones establecidas en las cláusulas 1.18.72 (Obras mínimas), 1.18.73 (Obras de la Inversión Adicional – Obras IA), 1.18.89 (Servicios Estándar), 1.18.90 (Servicios Especiales), 8.17 (Servicio Estándar), 8.18 (Servicios Especiales), Anexo

5 (Régimen Tarifario), los Apéndices 1 (Inversiones Mínimas) y 2 (Inversión Adicional) del Anexo 9 y la sección 8.1.2.1 del Anexo 16 (Propuesta Técnica del Consorcio Terminales Portuarios Euroandinos para el Terminal Portuario de Paita) y aquellas otras que resulten aplicables.

- b) Notificar la Resolución a que se refiere el literal anterior y el Informe N° 001-13-GRE-GAL-OSITRAN a Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., en su calidad de entidad Concesionaria, así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de concedente.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

No habiendo otro asunto que tratar, la Presidente levantó la sesión a las quince horas del seis de febrero del año dos mil trece.



JESÚS TAMAYO PACHECO
Director



CÉSAR SÁNCHEZ MODENA
Director



JUAN CARLOS PAZ CÁRDENAS
Director



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente