URGENTE
CARGO

OFICIO CIRCULAR Nº 023-16-SCD-OSITRAN

Lima, 05 de mayo de 2016

Señor
GABRIEL MONGE AGUIRRE
Gerente General
TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A.
Av. Sáenz Peña N° 177, 6to Piso
Callao.-

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani

Referencia : Oficio N° 1424-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 585-2016-CD-OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1948-585-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1948-585-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario del Consejo Directivo
Reg. Sal. SCD N° 16326

TGSUR
05 MAY 2016
ACUSE DE RECIBO
DE CONFORMIDAD

ACUERDO Nº 1948-585-16-CD-OSITRAN
de fecha 05 de mayo de 2016

Vistos, el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio Nº 1424-2016-MTC/25; en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917, el artículo 28º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo Nº 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda Nº 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo Nº 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Terminal Internacional del Sur S.A.

d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN

URGENTE
CARGO

OFICIO CIRCULAR Nº 023-16-SCD-OSITRAN

Lima, 05 de mayo de 2016

M.T.C.
MESA DE PARTES
E 125460-2016
05 MAYO 2016
HORA 12:30
FIRMA

Señor
RAÚL GARCÍA CARPIO
Director de Concesiones en Transportes
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
Jr. Zorritos Nº 1203
Lima.-

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani

Referencia : Oficio N° 1424-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 585-2016-CD-OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1948-585-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1948-585-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 16326

ACUERDO Nº 1948-585-16-CD-OSITRAN
de fecha 05 de mayo de 2016

Vistos, el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 1424-2016-MTC/25; 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 Nº 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Terminal Internacional del Sur S.A.

d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN

OSITRAN
SECRETARIA CONSEJO DIRECTIVO
02 MAY 2016
RECIBIDO
Firma:..... Hora: 08:00

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
02 MAY 2016
RECIBIDO
FIRMA:..... HORA: 7:20pm

INFORME Nº 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para	:	**OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS** Gerente General
De	:	**MANUEL CARRILLO BARNUEVO** Gerente de Regulación y Estudios Económicos
		FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA Gerente de Supervisión y Fiscalización
		JEAN PAUL CALLE CASUSOL *Gerente de Asesoría Jurídica*
Asunto	:	Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani
Fecha	:	02 de mayo 2016

I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del Oficio N° 1424-2016-MTC/25.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 17 de agosto de 1999, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), en representación del Estado Peruano, y la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. (en adelante, TISUR o el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani (en adelante, el Contrato de Concesión) con una vigencia de 30 años.

3. Cabe precisar que el Anexo E del Contrato de Concesión contiene el Contrato de Fidecomiso suscrito el 17 de agosto de 1999, entre el Concedente, el Concesionario y el Banco Wiese Ltdo. (hoy Scotiabank S.A.A.) en calidad de Fiduciario. En dicho contrato de fideicomiso se establece que el honorario para el Fiduciario corresponde al 0,7% de la facturación anual del Terminal Portuario de Matarani, sin incluir el impuesto General a las Ventas.

4. Mediante Carta N° 215-2015 TISUR/GG del 01 de octubre de 2015, el Concesionario solicitó al Concedente la modificación del Anexo E del Contrato de Concesión en el extremo referido al "Honorario Fiduciario[1]".

5. Con fecha 21 de febrero de 2016, previa convocatoria del Concedente, se llevó a cabo la Primera Reunión de Evaluación Conjunta del proyecto de adenda N° 4 al Contrato de Concesión, con la participación de representantes del MTC, OSITRAN, MEF y PROINVERSION, acordándose dar por finalizada dicha evaluación conjunta.

6. Mediante Oficio N° 819-2016-MTC/26 de fecha 29 de febrero de 2016, el MTC comunicó al Concesionario con copia al OSITRAN, MEF y PROINVERSION, la finalización de la evaluación conjunta del proyecto de Adenda N°4 del Contrato de Concesión.

7. Mediante Oficio N° 1424-2016-MTC/25 de fecha 21 de abril de 2016, el MTC remite el informe N° 0323-2016-MTC/25 y solicita a este Organismo Regulador la emisión de opinión previa conforme al artículo 22, numeral 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1. Sobre la modificación del Contrato de Concesión

8. El artículo 22.1 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento.

9. En la misma línea, el artículo 53° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, señala que las partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción y, además, procurarán no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

10. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual debe respetar los parámetros antes descritos.

11. De igual manera, el inciso h) del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que es función del Ministerio, en su condición de titular del proyecto, modificar los contratos de Asociación Público Privada, conforme a las condiciones que establezca la citada norma y su Reglamento, por lo que corresponde al Concedente, en cumplimiento del artículo antes citado, ejercer su función de modificar los contratos de concesión, cumpliendo con los requisitos antes descritos.

---

[1] Se entenderá por Honorario Fiduciario al honorario que el fiduciario tendrá derecho a percibir por su intervención como fiduciario en el Contrato de Fideicomiso Irrevocable establecido en el Anexo E del "Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani".

12. Lo expuesto es concordante con la Cláusula 24 del Contrato de Concesión que, respecto de la modificación al Contrato por acuerdo de las Partes, dispone lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA 24***
> ***MISCELÁNEA***
>
> *(...)*
>
> *24.8 Modificaciones por Escrito. Toda enmienda, adición o modificación del presente Contrato será obligatoria para las partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes.*
>
> *24.9 Totalidad del Contrato. El presente Contrato, conjuntamente con sus anexos, incorpora completa y totalmente el acuerdo al que han llegado las Partes en relación con la Concesión, y sustituye todo acuerdo, convenio, arreglo o contrato previo, verbal o escrito, a que hubieran llegado las Partes con respecto a la Concesión."*

13. Adicionalmente, debemos considerar el artículo 56° del Reglamento de la Ley N° 1224, que establece disposiciones específicas con relación a las modificaciones contractuales, señalando lo siguiente:

> ***"Artículo 56.- Reglas aplicables para la evaluación de adendas***
>
> *56.1 Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el Reglamento.*
>
> *56.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley.*

14. De lo expuesto, se concluye que tanto el marco normativo como el Contrato de Concesión de TISUR permiten realizar modificaciones al contrato, siempre y cuando se consideren los requerimientos que dicho marco normativo prevé.

III.2. Sobre la competencia de OSITRAN para emitir opinión técnica en casos de modificación de los Contratos de Concesión

15. Al respecto, es pertinente citar el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57° de su Reglamento, que prevén que las modificaciones que se produzcan a los contratos de concesión requieren opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, caso contrario, se considerará favorable:

Artículo 57.- Opiniones previas

57.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determina y sustenta las modificaciones contractuales y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.

57.2 Contando con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.

57.3 Los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

57.4 La opinión del organismo regulador y del Ministerio de Economía y Finanzas, según corresponda, se emite en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que estas entidades hubiesen emitido su opinión, se entiende que ésta es favorable.

57.5 En caso dichas entidades requieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información se efectúa por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida."

[El subrayado es nuestro]

16. De acuerdo con la referida norma, las opiniones sobre las adendas de los Contratos de Concesión deberán ser emitidas por los organismos reguladores en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos.

17. Acorde con el marco legal expuesto previamente, el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7º de la Ley Nº 26917[2], Ley de Creación de OSITRAN, dispone que este Organismo Regulador

---

[2] **Ley Nº 26917.-**
"**Artículo 7.- Funciones**
7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:
(...)
f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará un informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
(...).

tiene entre sus funciones principales, la de emitir opinión técnica sobre la renegociación o revisión de los Contratos de Concesión.

18. En ese marco legal, el artículo 28 del Reglamento General del OSITRAN (REGO) establece que corresponde a este Regulador, a través de su Consejo Directivo, emitir opinión respecto de las propuestas de modificación de los contratos de concesión. En tal sentido, dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 28.- Opinión técnica previa y supervisión de los contratos.***
> *A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa, sobre materias referidas a:*
> *(...)*
> *3. La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto."*

19. Asimismo, el inciso 7 del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece que es función del Consejo Directivo el aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia.

20. Como puede advertirse, el marco legal vigente, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde al Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.

21. Sobre el particular, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por el Regulador mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, establecen los criterios a aplicar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.

22. Específicamente, el numeral 6.2 de dichos Lineamientos prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial[3], la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora.

23. De otro lado, debe señalarse que la opinión técnica emitida por OSITRAN y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con el numeral 171.2 del

---

[3] Los citados Lineamientos señalan que una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos que alteran significativamente la ecuación económica del Contrato. En tanto, una modificación es no sustancial cuando su objeto sea corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio de la ecuación económico financiera del mismo.

artículo 171° de la Ley N° 27444, el cual establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley, y lo expresamente señalado por el artículo 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

24. Cabe señalar que el análisis a ser realizado por OSITRAN a través del presente informe, tomará en cuenta la información remitida mediante el Oficio N° 1424-2016-MTC/25 que, entre otros, contiene el Informe N° 0323-2016-MTC/25.

25. Finalmente, respecto al plazo para que el Regulador emita opinión debemos considerar lo establecido por el artículo 57 del Reglamento de la Ley N° 1224, es decir, diez (10) hábiles desde que el Concedente solicitó opinión técnicas. Así, dado que el Concedente a través del Oficio N° 1424-2016-MTC/25, recibido con fecha 21 de abril de 2016, solicitó a OSITRAN opinión técnica sobre la referida modificación, el plazo para emitir la opinión técnica del Regulador vence el 05 de mayo próximo.

IV. ANÁLISIS

26. Luego de revisar los documentos remitidos por el Concedente a través del Oficio N° 1424-2016-MTC/25, el Contrato de Concesión y lo establecido en el marco legal vigente, a continuación se presenta nuestro análisis, el cual consta de dos secciones:

    A. Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión; y,
    B. Análisis del proyecto de Adenda.

IV.1. Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión

27. Las Partes están solicitando la modificación del Contrato de Concesión en el marco de lo establecido en el numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley N° 1224 y del artículo 53 de su Reglamento. Así, las partes pueden modificar el contrato manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

28. De otro lado, el artículo 54 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224[4] establece un límite temporal para la suscripción de Adendas durante los tres (3) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, el cual no resulta aplicable en el presente caso toda vez que el Contrato materia de análisis fue suscrito el 19 de julio de 1999.

29. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:

---

[4] ***Artículo 54.- Límite temporal para la suscripción de adendas***
Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de:
a. La corrección de errores materiales.
b. Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.
c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

- Sustento legal, técnico y económico–financiero.
- El equilibrio económico – financiero.
- Las condiciones de competencia del proceso de promoción.

IV.1.1. Sustento Legal, Técnico y Económico-Financiero

30. El Concedente ha remitido el Oficio N° 1424-2015-MTC/25, como sustento de la solicitud de opinión sobre el proyecto de Adenda, adjuntando el Informe N° 0323-2016-MTC/25 en donde se evalúa y analiza el sustento técnico, económico financiero y legal de la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión. Así, en concordancia con el artículo 57 del Reglamento de la Ley N° 1224, corresponde que el Regulador emita opinión sobre la propuesta de Adenda presentada por el Concedente.

31. En ese sentido, el presente informe se realizará respecto al proyecto de Adenda N° 4 que ha sido remitido por el Concedente y que cuenta con acuerdo de las partes. En relación al análisis de fondo, la opinión contenida en el presente informe, se realiza de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.

32. Mediante la documentación remitida por el Concedente, se verifica que éste ha dado cumplimiento al requisito de forma de presentar el sustento técnico, económico y financiero de la propuesta de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión.

33. Asimismo, para admitir a trámite la solicitud, debe verificarse los requisitos de admisibilidad establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, según la cual la solicitud debe contener, entre otros, la propuesta de redacción de la o las estipulaciones contractuales materia de modificación, renegociación y reconversión del Contrato de Concesión.

34. Sobre el particular, debe señalarse que los requisitos antes mencionados se encuentran en los documentos adjuntos al Oficio N° 1424-2015-MTC/25, presentado al Regulador.

35. En atención a la documentación remitida por el Concedente, se ha dado cumplimiento al requisito de forma. Sin perjuicio de ello, debe precisarse que la verificación del cumplimiento de dicho requisito formal, no representa la conformidad sobre el fondo del sustento remitido. Así, la evaluación técnica del contenido de la información remitida, así como de la suficiencia y pertinencia del mismo, será realizada en las secciones siguientes.

IV.1.2. Equilibrio económico – financiero

36. El Oficio N° 1424-2016-MTC/25, remitido por el Concedente como sustento de la solicitud de opinión sobre el proyecto de Adenda, adjunta el Informe N° 323-2016-MTC/25, el cual indica que las modificaciones planteadas en el proyecto de Adenda no desnaturalizan las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas. Asimismo, indica que éstas no varían ni afectan el equilibrio económico financiero de las Partes en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados por el Contrato de Concesión, lo que constituye un requisito indispensable para realizar una modificación al Contrato de Concesión.

37. Cabe indicar que si bien el Concedente ha presentado el sustento respectivo, la evaluación del mantenimiento del equilibrio económico – financiero se realizará en los siguientes acápites del presente informe.

IV.1.3. Condiciones de competencia del proceso de promoción

38. Con relación a las condiciones de competencia, mediante Informe N° 0323-2016-MTC/25 remitido adjunto al Oficio N° 1424-2016-MTC/25, el Concedente señala que la propuesta de Adenda N° 4 del Contrato de Concesión, no altera ni afecta las condiciones de competencia que existieron al momento de presentación de ofertas y suscripción del Contrato de Concesión.

39. Así, indica que en relación a la necesidad de que se mantengan las condiciones de competencia del proceso de promoción que se llevó a cabo en el año 1999, debe tenerse en cuenta que el factor de competencia definido en dicho proceso estuvo dado por un precio base que ascendió a US$ 9,5 millones[5], el cual no se encontraría asociado a variables financieras del proyecto. Asimismo, debe considerarse que en dicho concurso solo una empresa postora decidió concursar, por lo que este aspecto referido al número de postores no es relevante a efectos de determinar alguna variación de las condiciones de competencia.

40. Otro aspecto importante es evaluar cómo se determinó el honorario del fiduciario, aspecto que la adenda N° 4 pretende modificar. Así, en este aspecto, el Concedente en su Informe N° 0323-2016-MTC/25 considera que la determinación del Honorario Fiduciario constituye una condición ya establecida por el Contrato de Concesión, y que se dio de manera exógena a la suscripción de este último Contrato, por lo que el Concesionario no tenía control alguno sobre dicho aspecto. Asimismo, afirma que la determinación del Honorario Fiduciario fue motivo de un proceso de licitación distinto al que se dio para la adjudicación de la Concesión del Terminal Portuario de Matarani, el cual fue convocado por el Comité Especial de Puertos, participando diversas entidades financieras.

41. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal de analizar las condiciones de competencia del proceso de promoción, sin perjuicio del análisis de fondo que se realice más adelante.

IV.2. Análisis del proyecto de Adenda

42. El marco legal aplicable exige que la modificación del Contrato de Concesión mantenga el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. En tal sentido, el análisis de la modificación propuesta se realizará observando dichos parámetros, entre otros.

---

[5] Dicho monto corresponde al Pago Inicial Mínimo a pagar al Estado, aprobado por la COPRI, el cual fue superado por la oferta propuesta por TISUR que ascendió a US$ 9 680 Millones.

IV.2.1. Análisis de las modificación contractual propuesta

Antecedentes

43. Como se señaló en los Antecedentes del presente informe, el Terminal Portuario de Matarani fue concesionado el 17 de agosto de 1999, mediante la suscripción del respectivo Contrato de Concesión entre el MTC y TISUR.

44. Asimismo, el Contrato de Fideicomiso Irrevocable que obra como Anexo E del Contrato de Concesión, fue suscrito el mismo día de la fecha de cierre, 17 de agosto de 1999, por el Concedente, el Concesionario y el Banco Fiduciario.

45. Con relación al Contrato de Fideicomiso Irrevocable, en su informe N° 0323-2016-MTC/25, el Concedente ha precisado que:

> *"39. Mediante Resolución Suprema N° 063-98-TR de fecha 18 de setiembre de 1998, se ratificó el Acuerdo de la COPRI que aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada en los Terminales Portuarios de Ilo y Matarani.*
>
> *40. Por acuerdo de fecha 16 de setiembre de 1998 el Comité Especial aprobó las Bases de la Licitación Pública Especial constituido para llevar adelante la entrega en concesión al Sector Privado de los Terminales Portuarios de Ilo y Matarani, las mismas que fueron aprobadas por la COPRI en su sesión de fecha 22 de setiembre de 1998.*
>
> *41. Durante el proceso de concesión de los mencionados terminales, el Comité Especial convocó a un Concurso por Invitación para seleccionar al Banco Fiduciario del Contrato de Fideicomiso Irrevocable del Contrato de Concesión.*
>
> *42. Es preciso indicar, que el Contrato de Fideicomiso Irrevocable que obra como Anexo E del Contrato de Concesión y que fue suscrito el mismo día de la fecha de cierre, por el Concedente, el Concesionario y el Banco Fiduciario."*

46. Según reseña el Concedente en su informe, durante el Concurso para contratar al Fiduciario que operaría el Fideicomiso, se cursaron invitaciones a trece entidades financieras, confirmando su participación sólo siete de ellas: Banco de Lima Sudameris, Banco Santander, Banco Interamericano de Finanzas, Banco de Crédito del Perú, COFIDE, Banco Sudamericano y Banco Wiese.

47. Siendo el Banco Wiese (actualmente Scotiabank) el que presentó la menor oferta económica ascendente a 0,7% de la facturación anual del Terminal Portuario, el Comité Especial de Puertos le otorgó la Buena Pro a efectos que suscriba el respectivo Contrato de Fideicomiso. Dicho Contrato de Fideicomiso formaría parte del Contrato de Concesión como Anexo E del mismo.

48. Según la Cláusula VII del Anexo E del Contrato de Concesión, las funciones que desempeña el Fiduciario, corresponden a las siguientes:

> *"CLAUSULA VII COMPROMISOS Y FACULTADES DEL FIDUCIARIO SOBRE LOS BIENES FIDEICOMETIDOS*

1. El FIDUCIARIO ejercerá sobre el Patrimonio Fideicometido el dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas facultades, las que serán ejercidas con arreglo a las finalidades del presente Contrato. El cuidado y administración de los bienes y derechos sobre el patrimonio Fideicometido no será responsabilidad del FIDUCIARIO y corresponderá al Concesionario en los términos del presente Contrato, en tanto en que el Concesionario tendrá la posesión, conservación, mejora y operación de los Bienes de la Concesión.
2. Corresponderá al Concesionario en los términos establecidos en el Contrato de Concesión asegurar el Patrimonio Fideicomitido debiendo designarse al FIDUCIARIO como el beneficiario de los seguros respectivos.
3. Corresponderá al FIDUCIARIO realizar todos aquellos actos que permitan la realización de los Fines del Fideicomiso.
4. EL FIDUCIARIO llevará el inventario y contabilidad de los bienes y derechos que constituyan el Patrimonio Fideicomitido.
5. Los balances y estados financieros de la operación del Terminal Portuario deberán ser elaborados por el Concesionario, quién deberá proporcionar mensualmente copia de los mismos al FIDUCIARIO.
6. EL FIDUCIARIO guardará reserva respecto de las operaciones, actos contratos, documentos e información que se relacionen con el Fideicomiso, en los términos que la ley establece para el secreto bancario.
7. EL FIDUCIARIO deberá entregar el Patrimonio Fideicometido al término del Fideicomiso a la entidad que el Estado Peruano designe, salvo que por la ejecución de garantías deba proceder en la forma prevista en el presente contrato o en el supuesto de substitución de Fiduciario, en cuyo caso deberá transmitirlo al Fiduciario designado.
8. EL FIDUCIARIO deberá rendir cuenta e informe de su actuación al Concedente y Concesionario y a la Superintendencia de Banca y Seguros al término del Fideicomiso."

49. Por realizar dichas funciones, corresponde al Fiduciario una retribución por los servicios prestados, la cual se denomina "Honorario Fiduciario". Respecto a dicho honorario, la Cláusula VII del Anexo E del Contrato de Concesión señala que corresponderá al 0,7% de la facturación a anual, excluido el IGV:

"CLAUSULA XIII DEL HONORARIO FICUCIARIO

El honorario que el FIDUCIARIO tendrá derecho a percibir por su intervención como Fiduciario en el presente Fideicomiso será el siguiente:

Por el manejo y administración anual del Fideicomiso, 0,7 % (cero punto siete por ciento) de la facturación anual de cada Terminal Portuario excluido el Impuesto General a las Ventas, pagadero por el Fideicomitente a más tardar el quinto día útil de cada mes, comenzando el quinto día útil después del final del primer mes durante el cual ocurra la fecha de cierre y terminando el quinto día Util del mes inmediatamente siguiente al final de la Vigencia de la Concesión."

Sobre la Adenda propuesta

50. Al respecto, el proyecto de adenda N° 4 señala en su cláusula segunda que tiene por objeto modificar la Cláusula XIII del Anexo E del Contrato de Concesión, con relación al "Honorario Fiduciario" de tal manera que éste refleje el valor de mercado, finalidad con la cual se encontraría de acuerdo el Fiduciario.

51. En tal sentido, en la cláusula tercera de la referida adenda se modifica la Cláusula XIII del Anexo E, de tal manera que el Honorario Fiduciario corresponda a un monto desvinculado del nivel de ingresos de la Concesión, que va decreciendo en el tiempo hasta llegar a un nivel fijo de US$ 3 mil mensuales a partir del quinto año de la implementación de la adenda, como se aprecia a continuación:

> *"CLAUSULA XIII DEL HONORARIO FIDUCIARIO*
>
> *El honorario que el FIDUCIARIO tendrá derecho a percibir por su intervención como Fiduciario en el presente Fideicomiso será el siguiente:*
>
> > *Por el manejo y administración del Fideicomiso el Fideicomitente pagará al FIDUCIARIO la suma MENSUAL que se señala en el cuadro siguiente:*
>
> | AÑO | IMPORTE EN US$ MENSUALES (MAS IGV) |
> |---|---|
> | 1 | 21,500.00 |
> | 2 | 16,900.00 |
> | 3 | 12,300.00 |
> | 4 | 7,600.00 |
> | 5 y en adelante | 3,000.00 |
>
> *El pago se realizará a más tardar el quinto día útil de cada mes, manteniéndose la obligación de pago hasta el quinto día útil del mes inmediatamente siguiente al final de la Vigencia de la Concesión."*

52. Sobre el particular, según la información remitida por el Concesionario en su Carta N° 004-2016-TISUR/GG de fecha 18 de enero de 2016, se aprecia que los montos pagados anualmente al fiduciario pasaron de US$ 18,746 en el año 1999 a US$ 457,108 en el año 2014, es decir, 2338 % de incremento en dicho período, debido al incremento de los ingresos registrado por la explotación de la Concesión.

Detalle Pagos por Administracion del Fideicomiso Puertos		
Periodo	Base Imponible $	Porcentaje 0.7%
1999	2,678,112.82	18,746.79
2000	8,460,042.00	59,220.29
2001	8,856,820.00	61,997.74
2002	8,556,001.31	59,892.01
2003	8,512,770.42	59,589.39
2004	8,478,777.55	59,351.44
2005	9,239,514.12	64,676.60
2006	12,691,605.84	88,841.24
2007	17,704,625.98	123,932.38
2008	20,450,218.78	143,151.53
2009	20,978,682.49	146,850.78
2010	24,309,862.27	170,169.04
2011	27,754,407.96	194,280.86
2012	31,146,313.45	218,024.19
2013	39,098,360.23	273,688.66
2014	65,301,254.29	457,108.78
2015 (Ene-Oct)	60,208,369.83	421,458.73
Totales	374,425,779.34	2,620,980.46

Fuente: Carta N° 004-2016-TISUR/GG

53. Si se toma como referencia lo pagado al Fiduciario en el año 2014[6], el cronograma de pagos propuesto en la Adenda, entre los años del 1 al 5 de vigencia de la misma, resultan muy inferiores, como se aprecia a continuación:

COMPARATIVO DEL HONORARIO ANUAL PAGADO EN EL AÑO 2014 RESPECTO AL HONORARIO ANUAL PROPUESTO EN LA ADENDA (US$)

Año	(A)	(B)	(C= B-A)	(C/Ax100)
	Honorario Fiduciario 2014	Honorario Fiduciario Propuesto en Adenda	Diferencia	Diferencia Porcentual
1	457 109	258 000	-199 109	-44%
2	457 109	202 800	-254 309	-56%
3	457 109	147 600	-309 509	-68%
4	457 109	91 200	-365 909	-80%
5	457 109	36 000	-421 109	-92%

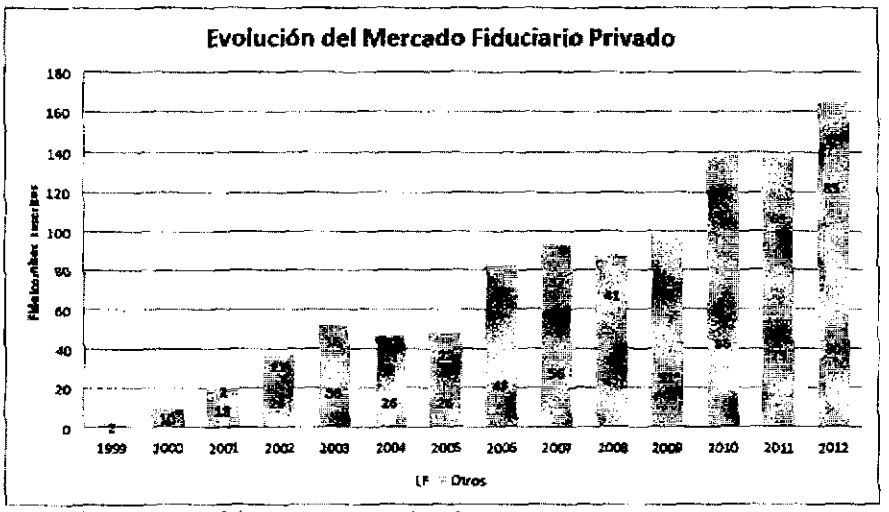
Fuente: Proyecto de Adenda y Carta N° 004-2016-TISUR/GG
Elaboración: OSITRAN

54. Del cuadro precedente se aprecia que en el primer año, el honorario fiduciario se reduciría en 44% respecto al pagado en el año 2014; en el segundo año se reduciría en 56%; en el tercer año, en 68%; en el cuarto año, en 80% y respecto del quinto año, el honorario fiduciario se reduciría en 92%. En consecuencia, resulta evidente que la propuesta de adenda tiene como efecto inmediato la reducción de gastos para el Concesionario por concepto de pago de Honorario Fiduciario.

[6] Se considera el año 2014 como referencia para el análisis, dado que es el último año con el que se cuenta con información anual completa a la fecha del presente informe.

55. Al respecto, debe precisarse que el Honorario Fiduciario que viene pagando el Concesionario en los últimos 10 años en aplicación de la cláusula XIII del Contrato de Concesión, se encuentra por encima de los niveles pagados por servicios fiduciarios en la actualidad. Esto último debido al desarrollo que han tenido los fideicomisos en nuestro país desde el año 1999.

56. De manera referencial, según la información obtenida de la empresa La Fiduciaria S.A., puede apreciarse que en el año 1999 en el Perú existían dos fideicomisos suscritos, no obstante al año 2012, el número de fideicomisos suscritos alcanzó un número de 165.



Fuente: https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=numero-operaciones

57. En consecuencia, el mercado de servicio fiduciarios desde 1999 a la fecha ha presentado un cambio sustancial, el cual ha impactado en los honorarios que perciben las empresas que prestan servicios fiduciarios.

58. Lo anterior se ve reflejado en las dos cotizaciones que presentó el Concesionario adjuntas a la Carta N° 004-2016-TISUR/GG en la cual una de las empresas (La Fiduciaria) cotizó una comisión de administración por un monto equivalente a US$10 500 anuales, mientras que la segunda (BIF) cotizó una comisión equivalente a US$ 13 125 anuales. Las señaladas empresas también cotizaron comisiones de estructuración por US$ 3 125 y US$ 4 688, respectivamente.

59. Ambas cotizaciones presentadas por el Concesionario se encuentran por debajo de los montos pagados al Fiduciario durante el período 1999 al 2014, haciéndose la diferencia más amplia en los últimos diez años.

IV.2.2. *Impacto y/o efectos de la modificación contractual*

a) En el ámbito regulatorio

60. Respecto al impacto regulatorio, el Concedente ha señalado en su Informe que la reducción en el Honorario Fiduciario tendrá un impacto favorable para los usuarios y la sociedad, debido a que dicha reducción implicaría menores tarifas, debido al efecto positivo que tendría el menor gasto en el Honorario Fiduciario sobre la productividad de la empresa.

61. A continuación se presentan los argumentos señalados por el Concedente en el informe N° en relación a los efectos de la modificación en el ámbito regulatorio

> *"59. Algunas implicancias que genera la presente adenda son de índole regulatorio, que específicamente se encuentran relacionadas con la productividad del Concesionario. Para evaluar ello, debemos partir del esquema de regulación al cual se encuentra sujeto la concesión; contractualmente los servicios que se brindan en el terminal portuario se clasifican en: i) servicios sujetos a regulación de tarifas máximas (Price Cap); ii) servicios sujetos a regulación por acceso; y iii) servicios no regulados.*
>
> *60. Bajo las actuales condiciones del Contrato de Concesión, el honorario del fiduciario se determina sobre la base de los ingresos de todos los servicios, independientemente del tipo de regulación al que se encuentra sujeto cada servicio. No obstante, la reducción de este pago tendría un mayor efecto (ceteris paribus) sobre las tarifas de los servicios regulados; ello debido a que como parte de la metodología empleada del factor de productividad, todos los ingresos y egresos de la concesión son considerados en una "caja única" (single till).*
>
> *61. En términos de ingresos, los servicios regulados ostentan la mayor representatividad o importancia relativa de la concesión, lo cual lleva a que las acciones o conducta del Concesionario se rijan principalmente por el esquema de incentivos de estos servicios. La regulación de los servicios regulados sujetos al régimen de tarifas máximas, genera incentivos a buscar eficiencias en el uso o manejo de recursos (en cantidades, precios o combinación de ambos) por parte del concesionario, cuyos beneficios en teoría posteriormente son compartidos con los usuarios a través de menores tarifas reguladas.*
>
> *62. En esta misma línea de razonamiento, el Concesionario, como parte de su sustento técnico, señala que efectivamente los costos asociados al fideicomiso constituyen un precio a ser pagado por el concesionario, y que estos han formado parte del cálculo del factor de productividad. Asimismo, señala que ostenta incentivos de alto poder a ganar eficiencia mediante el ahorro de costos, y que estas (ganancias) serán compartidas con los usuarios en el cálculo del siguiente factor de productividad –asumiendo los demás factores constantes–.*
>
> *63. Adicionalmente, en el referido sustento se señala que los nuevos costos de la fiducia indican que podría haber un ahorro potencial de 0,6 % del total de ingresos proyectados de la concesión. Este monto –se señala en el informe– es relativamente pequeño para generar cambios significativos sobre el cálculo del factor de productividad, y que dada la incertidumbre sobre el carácter permanente de los posibles beneficios, no debería existir alguna preocupación sobre la presencia de beneficios extraordinarios a favor del Concesionario.*
>
> *64. Sobre esto último, es importante mencionar que, en teoría, los beneficios extraordinarios se generan cuando los precios de una determinada firma se encuentran por encima de los precios de mercado. Para el caso de una firma regulada, como el caso de Tisur, el incremento de la demanda sin incrementar significativamente la capacidad (oferta) de dichos servicios,*

puede generar durante el periodo o rezago regulatorio (periodo entre cada revisión tarifaria, que para el caso de Tisur es de 5 años) la generación de beneficios extraordinarios; no obstante ello, este efecto teóricamente es capturado por el factor de productividad, el cual en caso de ser positivo reducirá las tarifas de los servicios regulados para el siguiente periodo regulatorio.

65. En suma, el honorario al fiduciario constituye una variable (gasto o costo de un insumo) que forma parte del cálculo del factor de productividad, cuya reducción teóricamente –asumiendo las demás variables como constantes– incrementará la productividad de la empresa, lo que repercutirá en un mayor bienestar en la sociedad."

62. Respecto al cálculo del factor de productividad de TISUR, debe precisarse que mediante Resolución del Consejo Directivo N° 035-2014-CD-OSITRAN se establecieron las Tarifas Máximas en el Terminal Portuario de Matarani, aprobándose un factor de productividad (X) de 0,56% para el período comprendido entre el 17 de agosto de 2014 al 16 de agosto de 2019.

63. El cálculo del factor de productividad (X) de TISUR incluye un conjunto de insumos que inciden en la provisión de los servicios por parte de la empresa, encontrándose el Honorario Fiduciario como parte de ellos. De acuerdo a la metodología utilizada, las cantidades de insumos se obtienen de manera implícita deflactando los gastos de ventas y administrativos de los Estados Financieros del Concesionario por un índice de precios ad hoc. Cabe señalar que el Honorario Fiduciario, considerado en los estados de resultados integrales de la empresa en el rubro de "Costos de Servicios", forma parte de la información de gastos utilizada por el Regulador en el cálculo del factor de productividad[7].

64. En tal sentido, de darse una reducción en los costos de los servicios de TISUR debido a la aprobación de la Adenda N° 4, ello se vería reflejado en una reducción de las cantidades de insumos utilizadas por el Concesionario en la provisión de servicios. Esta situación afectaría el factor de productividad (X) que estará vigente en el próximo periodo regulatorio (17 de agosto de 2019-16 de agosto de 2024).

65. De otro lado, debe precisarse que desde la perspectiva tributaria, la reducción del Honorario Fiduciario amplía la base imponible para la determinación del impuesto a la renta, en tal sentido TISUR tendría que pagar un monto mayor por dicho tributo con respecto a la situación sin Adenda.

b) Distribución de riesgos

66. Uno de los elementos claves en el diseño de las concesiones es la identificación de los riesgos y su adecuada asignación. Esto último tiene un importante impacto en el costo de capital y la bancabilidad de la concesión, dado que en el diseño de la concesión se busca establecer el equilibrio financiero del Concesionario, bajo una determinada asignación de riesgos. De este

---

7 Esto se puede apreciar en la Nota N° 9 literal (e) de los Estados Financieros 2015 del TISUR:

(e) En cumplimiento de los principales términos del Contrato de Concesión, la Compañía celebró en agosto de 1999, un fideicomiso irrevocable con el Banco Wiese Ltdo. (transferido posteriormente al Scotiabank Perú S.A.A.), quien actúa como fiduciario de los bienes y mejoras de la concesión. El propósito del fideicomiso es garantizar al Concedente, el fiel cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión que incluye principalmente la ejecución de las mejoras en el terminal, así como el ingreso por la enajenación de aquellos bienes muebles efectuados por la Compañía durante el plazo de la Concesión, los cuales son parte de la inversión. El cuidado y administración de los bienes y derechos sobre el patrimonio fideicomitido es responsabilidad del Concesionario (la Compañía) quien mantiene la posesión, conservación, mejora y operación de los bienes de la Concesión. La Compañía se encuentra obligada a pagar al Fiduciario un honorario equivalente al 0.7 por ciento de la facturación anual, el cual se encuentra registrado en el rubro de "Costo de servicios" del estado de resultados integrales, ver nota 17.

modo, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría implicar una alteración del equilibrio económico.

67. En un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual debe ser asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de hacerlo; es decir, cada riesgo debe ser asignado a aquella parte con mayor capacidad para reducirlo o controlarlo a menor costo.[8 9 10] La asignación del riesgo al más capacitado obedece a la estrecha relación que existe entre riesgos e incentivos; en la medida que cierto agente está sometido a cierto riesgo, tendrá el incentivo a manejarlo de la mejor manera posible en función de su propio interés.[11]

68. Lo anterior es reconocido por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, el cual en su numeral 2.4 establece como uno de los principios el de valor por dinero, con el objeto de buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de los riesgos en todas las fases del proyecto de APP. Asimismo, señala que la generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APPs puede darse de manera no limitativa, entre otros, al momento de identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.

69. De otro lado, conforme a los Lineamientos, que rigen el actuar de OSITRAN, los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de contratos de concesión, son los siguientes:

- Equilibrio[12]
- No discriminación
- Beneficio – Costo
- Transparencia

---

8 Kerf, M. et. al., (1998). Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award. Technical Paper Nº 389. Word Bank.

9 Macho-Stadler, I. y Perez-Castrillo, D. (2001). An introduction to the Economics of Information. Incentives and contracts, Oxford University Press.

10 Estache, A. y de Rus, G. (2003). Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores. Banco Mundial – Alfaomega, páginas 23-25.

11 Pereira, A. (2008). Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de riesgos en contratos de concesión en Uruguay, Documento N° 20/08, Departamento de Economía, Universidad de la República.

12 **Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.-**
"5.1 *Equilibrio*
Todo Contrato de Concesión busca, en lo posible, una igualdad en los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el Contrato tiene y mantiene una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las Partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y política del contrato.

Para la aplicación de este principio, se asocia a la ecuación económica un valor de la concesión y un retorno de referencia ajustado por riesgo, aspectos que no significan necesariamente garantizar un nivel de ganancia. En la práctica, el regulador puede establecer una tasa interna de retorno de la concesión y una varianza de referencia, estimadas para la explotación de las infraestructuras bajo condiciones óptimas y económicamente eficientes, y comparables con la experiencia internacional.

(...) Por tanto, las renegociaciones permiten restablecer el equilibrio económico con el que el Concesionario contrató, pero nunca ofrecer lucros adicionales, ni que se produzca un traspaso de riesgos entre las partes del contrato."

[El subrayado es nuestro]

- Bienestar de los Usuarios[13]

70. Al respecto, el Concedente ha señalado en el Informe N° 0323-2016-MTC/25 que el Concesionario es responsable de la gestión o manejo de los recursos que permitan el cumplimiento de los estándares básicos para la operación del terminal portuario, por lo que éste posee el incentivo de reducir los costos de los insumos que emplea para ello, mientras que el Concedente no posee obligación o compromiso contractual directo ni indirecto sobre la gestión en la operación del Concesionario, por lo que la adenda propuesta no alteraría los riesgos asumidos por el Estado. En relación a los usuarios, el Informe señala que no verán alterado el riesgo asumido por ellos, pues la modificación contractual propuesta no obedece ni se encuentra relacionada a la inflación, sino obedece a los cambios en las condiciones estructurales actuales en el mercado de fideicomisos:

> *"66. Otras implicancias están referidas con la asignación de riesgos otorgada a las Partes, lo cual contractualmente se encuentra plasmado en las obligaciones convenidas en el Contrato de Concesión. En principio, la cláusula 2.2 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario es responsable, entre otras labores, de la operación del TPM; esta obligación contractual implica –económicamente–, que el Concesionario sea responsable de la gestión o manejo de los recursos que permita el adecuado cumplimiento de la operación de la concesión.*
>
> *67. La obligación de la operación recae sobre el Concesionario, dado que se encuentra en mejor capacidad de administrar en forma más eficiente los recursos para la operación del TPM. Como consecuencia de este riesgo (u obligación) asumido, un incentivo natural del Concesionario es la búsqueda de la reducción de los costos de los recursos, como es el caso del honorario al fiduciario. Debe indicarse, que no solo la administración en el uso o combinación óptima de los recursos es asumido por el concesionario, sino también los posibles cambios tecnológicos e innovación que puedan impactar en la operación del TPM durante la vigencia de la concesión.*
>
> *68. El Concedente, por su parte, no ostenta alguna obligación contractualmente establecida en la operación del TPM, por lo que no asumió ningún riesgo asociado a ello. Sin perjuicio de lo mencionado, un rol que implícitamente subyace del Contrato de Concesión, es que el Concedente vele por resguardar las condiciones bajo las cuales fue concebido el Contrato de Fideicomiso, el cual efectivamente no está siendo materia de cambios en sus términos o características contractualmente establecidas.*
>
> *69. Por otra parte, también debe analizarse si la modificación contractual propuesta (reducción del honorario del fiduciario) altera la asignación de riesgos entre los usuarios y el Concesionario. Para ello debe considerarse que contractualmente se ha establecido que las tarifas de los servicios regulados se encuentran sujetas a un parámetro anual de actualización o indexación por inflación; esta condición contractual permite deducir que el riesgo por la variación de*

---

[13] **Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.-**

"5.5 Bienestar de los usuarios
Las modificaciones de contratos no podrán disminuir el nivel de bienestar de los usuarios (precios, calidad, riesgos y oportunidad), ni afectar el bienestar de terceros.

En caso de presentarse un conflicto entre los principios mencionados prevalecerá sobre el resto el principio de bienestar de los usuarios, en tanto no afecte la sustentabilidad del servicio. En el caso que uno o más principios se incumplan, OSITRAN tomará en cuenta tal situación para emitir su opinión a la solicitud presentada."

precios de la economía (inflación) es compartido entre los usuarios de los servicios regulados y el Concesionario.

70. Teniendo en cuenta lo anterior, debe indicarse que el pago por el honorario fiduciario no se encuentra relacionada al riesgo por inflación, pues este último es un factor que no es controlable ni por los usuarios, ni el Concesionario. En las actuales condiciones contractuales el honorario fiduciario representa un porcentaje (parámetro fijado) de los ingresos totales, que no se relaciona con la inflación; de igual forma, la modificación propuesta en el honorario fiduciario no obedece a variaciones inesperadas en la inflación, sino a cambios en las condiciones estructurales en el mercado de fideicomiso. Siendo ello así, la adenda propuesta no implica en ningún caso, alguna alteración en la asignación de riesgos entre los usuarios de los servicios regulados y el Concesionario.

71. En consecuencia, de acuerdo con la asignación de riesgos contemplada en el Contrato de Concesión, el Concesionario es responsable de la gestión o manejo de los recursos que permita el cumplimiento de los estándares básicos para la operación del terminal portuario, quien a su vez ostenta el natural incentivo de reducir los costos de los insumos que emplea para ello. Por su parte, el Concedente no ostenta alguna obligación o compromiso contractual directo ni indirecto sobre la gestión en la operación del Concesionario, por lo que la adenda propuesta no altera los riesgos asumidos por el Estado. Los usuarios, por último, no verán alterado el riesgo asumido por ellos, pues la modificación contractual propuesta no obedece ni se encuentra relacionada a la inflación, sino obedece a los cambios en las condiciones estructurales actuales en el mercado de fideicomisos."

71. Adicionalmente a lo señalado por el Concedente, debe precisarse que en el presente caso, los riesgos fueron asignados a las Partes a través del Contrato de Concesión, al cual se añadió el Contrato de Fideicomiso como Anexo E del mismo. Siendo en este último donde participa el Fiduciario como parte, conjuntamente con el Concedente y el Concesionario.

72. En tal sentido, la Adenda N° 4 que solo varía la retribución para el Fiduciario, no afecta el objeto del Fideicomiso ni las funciones atribuidas al Fiduciario en relación al Patrimonio Fideicometido. Es decir, el objeto o finalidad del Fideicomiso y las funciones que desempeña el Fiduciario no se alteran en el marco de los compromisos asumidos por el Concedente y Concesionario en el Contrato de Concesión.

73. En consecuencia, los riesgos asumidos por las partes del Contrato de Concesión (Concedente y Concesionario) no se ven alterados, por cuanto la modificación del Honorario Fiduciario no afecta el objeto del Fideicomiso pactado originalmente por las partes. Por ello, no se considera que la aprobación del Proyecto de Adenda N°4 genere un cambio en la asignación de los riesgos asumidos por las partes en el Contrato de Concesión.

c) Condiciones de Competencia

74. Respecto a la posibilidad de que las condiciones de competencia que se dieron en el proceso de licitación del Terminal Portuario de Matarani pudieran verse alteradas con la aprobación del Proyecto de Adenda N° 4, el Concedente ha señalado en el Informe N° 0323-2016-MTC/25, que en dicha oportunidad el factor de competencia correspondió a un precio base. Dicho precio base no se encontraba vinculado a parámetros financieros o económicos del proyecto como podría ser el Honorario Fiduciario. Asimismo, el Concedente señala que en

dicho proceso de licitación solo un postor presentó los sobres 1 y 2, por lo cual considera que no hubo una competencia efectiva en el mercado.

75. De otro lado, el Concedente considera que la determinación del Honorario Fiduciario constituye una condición ya establecida por el Contrato de Concesión, y que se dio de manera exógena a la suscripción de este último Contrato, por lo que el Concesionario no tenía control alguno sobre dicho aspecto. Al respecto, el Concedente afirma que la determinación del Honorario Fiduciario fue motivo de un proceso de licitación distinto al que se dio para la adjudicación de la Concesión del Terminal Portuario de Matarani, el cual fue convocado por el Comité Especial de Puertos, participando diversas entidades financieras.

76. A continuación se presentan los argumentos señalados por el Concedente en el Informe N° 0323-2016-MTC/25, en relación a las condiciones de competencia:

> *"73. Conforme a las bases de la licitación para la concesión del TPM, el factor de competencia se encontró constituido por un precio base que ascendió a US$ 9,5 millones; este precio base constituyó la mínima oferta económica aceptable del Estado. Debe notarse que el precio base no se encuentra asociado directa o indirectamente a variables o parámetros financieros o económicos del proyecto, que por el contrario sí se observaría, por ejemplo, cuando el precio base representa un porcentaje de los ingresos o utilidad de la concesión.*
>
> *74. En segundo lugar, es necesario examinar el número de postores que finalmente participaron a través de la presentación de las propuestas técnicas y económicas exigidas en las bases del concurso o licitación. En tal sentido, se tiene que tres (3) empresas postoras quedaron habilitadas para la participar en la licitación; no obstante ello, solo una (1) empresa postora presentó el sobre 1 y 2.*
>
> *75. Considerando este antecedente, puede señalarse que el concurso contó con la participación de un solo postor, por lo que no se observó una competencia efectiva por el mercado, al no contar con por lo menos dos postores. En ese sentido, al evaluar este hecho, si una modificación contractual cambiara alguna de las condiciones de competencia del concurso (como el factor de competencia, por ejemplo), no existiría evidencia alguna de una afectación efectiva a los postores participantes, pues finalmente solo uno fue el que concursó.*
>
> *76. Por otra parte, un aspecto relevante a evaluar es la forma cómo se determinó el honorario fiduciario. Así, se tiene que la selección del fiduciario –de acuerdo con la información remitida por Proinversión– fue el resultado de un concurso por invitación (distinto al concurso por la concesión del TPM) convocado por el Comité Especial de Puertos, en el cual participaron siete (7) entidades financieras, y cuyo factor de competencia fue el menor porcentaje sobre los ingresos como honorario fiduciario. Además de ello, otros aspectos importantes residen en el hecho que el contrato de fideicomiso tiene la misma vigencia que el Contrato de Concesión y es suscrito entre las Partes y el Fiduciario (actualmente Banco Scotiabank).*
>
> *77. Considerando la información proporcionada por Proinversion, puede desprenderse que el pago por el honorario fiduciario constituye una condición fijada dentro del Contrato de Concesión, o en otras palabras, dicho pago corresponde a una variable dada y exógenamente determinada al Contrato de Concesión. Aun cuando el Concesionario también es participe –a través de la suscripción– del contrato de fideicomiso, el honorario fiduciario es una condición impuesta a este, cuyo cumplimiento es obligatorio, y sobre el cual al momento del concurso del TPM no tenía ningún control sobre ello.*

78. Teniendo en cuenta lo expuesto, se tiene que una reducción del honorario del fiduciario no se encuentra directa ni indirectamente asociado al factor de competencia del TPM, siendo este honorario una variable (exógena) o condición dada dentro de los términos de las bases y proyecto de contrato de concesión para todos los participantes de la licitación del TPM. Asimismo, al haberse tenido un solo postor puede deducirse que no se observó una competencia efectiva por el mercado."

77. Adicionalmente a lo señalado por el Concedente, debe precisarse que en la fecha en que se celebró el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani (1999), el mercado de servicios fiduciarios no se encontraba desarrollado en el Perú, tal como se ha señalado previamente. Es por esta razón que para cualquier postor que hubiera participado en la licitación pública, el costo del servicio del fiduciario se determinaría en un escenario de incertidumbre, dado que se encontraban ante un naciente mercado de fideicomisos, por lo que no se tenía una referencia real de mercado para la determinación de dicho costo.

78. Por otro lado, debemos considerar que el Honorario Fiduciario se fijó en 0,7% de los ingresos, dado que los postores no tenían cómo conocer la evolución real que dichos ingresos tendrían en el futuro. En tal sentido, este riesgo (de demanda) fue asumido por los postores en el marco del Proceso de Licitación.

79. Por lo tanto, adicionalmente a los argumentos señalados por el Concedente, respecto a (i) la no vinculación del factor de competencia que correspondió al Precio Base, con parámetros económicos y/o financieros del proyecto, (ii) la ausencia de una competencia efectiva al haber presentado un solo postor los sobres 1 y 2; y, (iii) el hecho que el pago al fiduciario se determina de manera exógena al Contrato de Concesión e impuesta al Concesionario; consideramos que, para cualquier postor que participara en el proceso de Concesión, resultaba imprevisible el monto que correspondería pagar por concepto de Honorario Fiduciario al ser este último un mercado naciente. Asimismo, el desconocimiento de la evolución de los ingresos futuros de la Concesión constituyó otro factor de incertidumbre para los participantes en la licitación para conocer cuál sería el monto a pagar por concepto de Honorario Fiduciario.

80. En tal sentido, se concluye que de haberse aplicado el esquema de pago al fiduciario propuesto por la adenda N°4, para el proceso de la Concesión del Terminal Portuario de Matarani en 1999, dicho esquema no habría alterado las condiciones de competencia para los postores en dicha época.

V. CONCLUSIONES

81. La solicitud de opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en dicho contrato y la normatividad vigente.

82. Del análisis técnico realizado respecto del proyecto de Adenda, se desprenden las siguientes conclusiones:

- El proyecto de Adenda N° 4 tiene por objeto modificar el honorario que debe percibir el Fiduciario del Fideicomiso irrevocable establecido en el Anexo E del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani, el cual actualmente asciende a 0.7% de los ingresos anuales. Dicha modificación consiste en establecer un cronograma de pagos de montos fijos al fiduciario (menor al que actualmente percibe), el cual se mantendrá constante a partir del quinto de año de la implementación de la adenda hasta el final de la concesión.

- Desde el punto de vista regulatorio se concluye que la reducción en el Honorario Fiduciario, debido a la aprobación de la Adenda N° 4, implicaría una reducción de las cantidades de insumos utilizadas por el Concesionario en la provisión de servicios, lo cual afectaría el cálculo del factor de productividad que estará vigente en el próximo período regulatorio (17 de agosto de 2019-16 de agosto de 2024).

- El Concedente ha cumplido con sustentar que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda no desvirtuaría las condiciones de competencia mediante las cuales se adjudicó la concesión del Terminal Portuario de Matarani, por lo siguiente:
  - (i) No existe vinculación del factor de competencia que correspondió al Precio Base, con los parámetros económicos y/o financieros del proyecto de Adenda,
  - (ii) Ausencia de una competencia efectiva en el proceso de licitación del Terminal Portuario de Matarani, al haber presentado un solo postor los sobres 1 y 2; y,
  - (iii) El pago al fiduciario se determina de manera exógena al Contrato de Concesión e impuesta al Concesionario.

- Adicionalmente a lo sustentado por el Concedente, respecto a las condiciones de competencia mediante las cuales se adjudicó la concesión del Terminal Portuario de Matarani, este informe concluye que:
  - (i) Para cualquier postor que participara en el proceso de Concesión en el año 1999, resultaba imprevisible el monto que correspondería pagar por concepto de Honorario Fiduciario al ser este último un mercado naciente
  - (ii) El desconocimiento de la evolución de los ingresos futuros de la Concesión constituyó otro factor de incertidumbre para los participantes en la licitación a fin de conocer cuál sería el monto adecuado a pagar por concepto de Honorario Fiduciario.

- Por tanto, de acuerdo a lo evaluado en el presente informe, se concluye que la propuesta de adenda no modificaría:
  - (i) Los términos y condiciones originalmente pactadas en el Contrato de Fideicomiso Irrevocable;
  - (ii) La distribución de riesgos entre las partes establecida en el Contrato de Concesión; y,
  - (iii) Las condiciones de competencia del proceso de adjudicación del Contrato de Concesión.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, que contiene la opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani, tal como se sustenta en el presente informe.

Atentamente,

MANUEL CARRILLO BARNUEVO
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 15744-16

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO N°: 1316-2016-GG
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 02/05/16