



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

**URGENTE
CARGO**

OFICIO CIRCULAR N° 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:

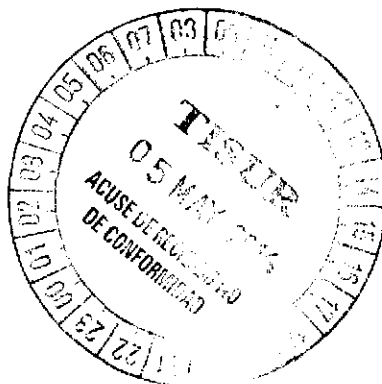
Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 585-2016-CD-OSITRAN, adoptó el Acuerdo N° 1948-585-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

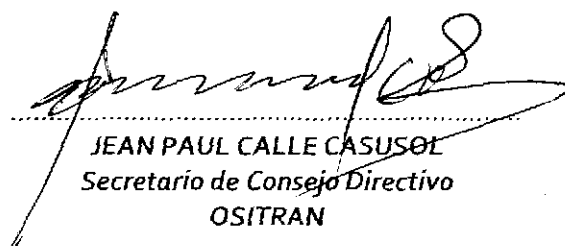
OSITRAN

ACUERDO N° 1948-585-16-CD-OSITRAN
de fecha 05 de mayo de 2016

Vistos, el Informe N° 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 N° 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 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 N° 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 N° 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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

**URGENTE
CARGO**

OFICIO CIRCULAR N° 023-16-SCD-OSITRAN

Lima, 05 de mayo de 2016

Señor
RAÚL GARCÍA CARPIO
Director de Concesiones en Transportes
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
Jr. Zorritos N° 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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

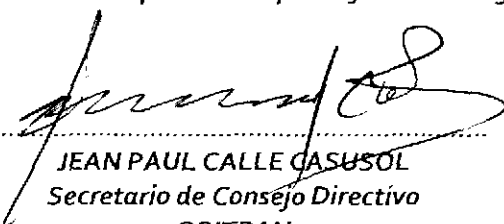
OSITRAN

ACUERDO N° 1948-585-16-CD-OSITRAN
de fecha 05 de mayo de 2016

Vistos, el Informe N° 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 N° 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 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:

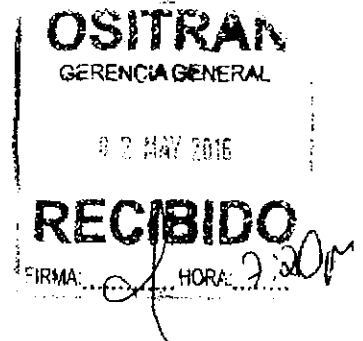
- a) Aprobar el Informe N° 018-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica favorable respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Matarani.
- b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene 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 N° 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 GASUSOL
Secretario de Consejo Directivo
OSITRAN



INFORME N° 018-16-GRE-GSF-GAI-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 Fideicomiso suscrito el 17 de agosto de 1999, entre el Concedente, el Concesionario y el Banco Wiese Ltda. (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".
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.



² 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 N° 26917², Ley de Creación de OSITRAN, dispone que este Organismo Regulador

² Ley N° 26917.-

*Artículo 7.- Funciones

7.2. 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 sustancial³, 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 171º 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° 1224⁴ 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:

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 acápite 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 millones⁵, 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 sustitución 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 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 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	8,866,820.00	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	20,978,582.49	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	39,098,380.23	273,688.66
2014	65,301,254.29	457,108.78
2015 (Ene-Oct)	80,208,388.83	421,458.73
Totales	374,426,779.34	2,620,860.46

Fuente: Carta N° 004-2016-TISUR/GG

53. Si se toma como referencia lo pagado al Fiduciario en el año 2014⁶, 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%

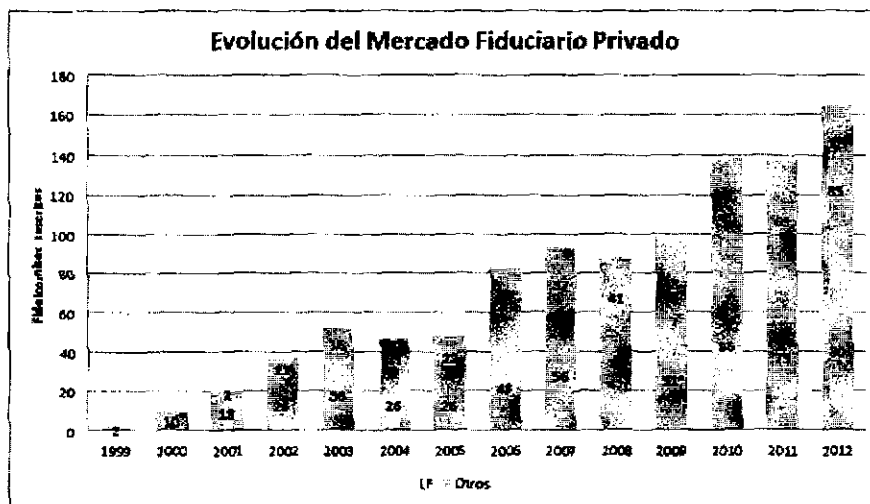
Fuente: Proyecto de Adenda y Carta N° 004-2016-TISUR/GG

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,

