



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la  
Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

**OFICIO CIRCULAR N° 051-16-SCD-OSITRAN**

Lima, 14 de noviembre de 2016

Señor

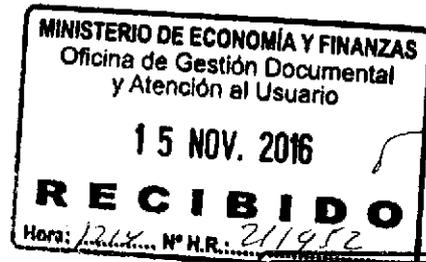
**CAMILO NICANOR CARRILLO PURÍN**

Director General de Política de Promoción de la Inversión Privada

**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**

Jr. Lampa N° 277

Lima.-



Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco

Referencia : Oficio N° 4310-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 600-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 14 de noviembre de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN que contiene la opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**MILAGROS VANESSA JUÁREZ MORALES**

Secretaria del Consejo Directivo (e)

Reg. Sal. SCD N° 40859-16



Calle Los Negocios N°182, piso 4  
Surquillo - Lima  
Central Telefónica: (01)440.5115  
[www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Comisión Supervisor de la  
Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

**ACUERDO N° 1985-600-16-CD-OSITRAN  
de fecha 14 de noviembre de 2016**

Vistos, los Informes N° 048 y 047-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 4310-2016-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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.
- 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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Terminal Portuario Paracas S.A.
- d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

**CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original**

**MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES**  
*Secretaria de Consejo Directivo (e)*  
**OSITRAN**



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Agencia Reguladora de la  
Inversión en la Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

**OFICIO CIRCULAR N° 051-16-SCD-OSITRAN**

Lima, 14 de noviembre de 2016

Señor  
**DAVID SIMON HERRANZ**  
Gerente General  
**TERMINAL PORTUARIO PARACAS S.A.**  
Av. Benavides N° 1238, Oficina 504  
Miraflores.-



Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco

Referencia : Oficio N° 4310-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 600-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 14 de noviembre de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN que contiene la opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES**  
Secretaria del Consejo Directivo (e)

Reg. Sal. SCD N° 40859-16



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Ente Supervisor de la  
Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

**ACUERDO N° 1985-600-16-CD-OSITRAN  
de fecha 14 de noviembre de 2016**

Vistos, los Informes N° 048 y 047-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 4310-2016-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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.
- 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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Terminal Portuario Paracas S.A.
- d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

**CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original**

**MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES**  
*Secretaria de Consejo Directivo (e)*  
**OSITRAN**



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la  
Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público

**OFICIO CIRCULAR N° 051-16-SCD-OSITRAN**

Lima, 14 de noviembre de 2016

Señor  
**YACO PAUL ROSAS ROMERO**  
Director de Concesiones en Transportes  
**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**  
Jr. Zorritos N° 1203  
Lima.-

**CARGO**

M.T.C. MESA DE PARTES	
E-	309123
14 NOV. 2016	
FIRMA	

Asunto : Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco

Referencia : Oficio N° 4310-2016-MTC/25

De mi consideración:

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN, en su Sesión N° 600-2016-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 14 de noviembre de 2016, adoptó el Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN a través del cual aprobó el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN que contiene la opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.

Al respecto, remito a usted copia certificada del Acuerdo N° 1985-600-16-CD-OSITRAN y copia del Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES**  
Secretaria del Consejo Directivo (e)

Reg. Sal. SCD N° 40859-16



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

**ACUERDO N° 1985-600-16-CD-OSITRAN  
de fecha 14 de noviembre de 2016**

Vistos, los Informes N° 048 y 047-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 4310-2016-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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto del proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, la misma que podrá considerarse favorable sujeta al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el mencionado Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.
- 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° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Terminal Portuario Paracas S.A.
- d) De conformidad con el artículo 82° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, notificar el presente Acuerdo y el Informe N° 048-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN al Ministerio de Economía y Finanzas.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

**CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original**

**MILAGROS VANESSA JUAREZ MORALES**  
*Secretaria de Consejo Directivo (e)*  
**OSITRAN**

**INFORME N° 048-2016-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN**

Para : **OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS**  
Gerente General

: **MANUEL CARRILLO BARNUEVO**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

**VANESSA JUAREZ MORALES**  
Gerente de Asesoría Jurídica (e)



Asunto : Opinión sobre la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín - Pisco

Fecha : 14 de noviembre de 2016

**I. OBJETO**

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del Oficio N° 4310-2016-MTC/25, recibido el 2 de noviembre de 2016, respecto de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.



**II. ANTECEDENTES**

2. Con fecha 21 de julio de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o el Concedente), en representación del Estado Peruano, y Terminal Portuario Paracas S.A. (en adelante, TPP o el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Carta TPP/GG/067/2016, de fecha 26 de febrero de 2016, el Concesionario, remitió al Concedente una primera versión de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión con la finalidad de que esta le permita obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido.
4. En cumplimiento de lo establecido en el numeral 55.2 del artículo 55 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el Concedente convocó al Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y al Ministerio de Economía y Finanzas a reuniones de evaluación conjunta. Dichas reuniones fueron convocadas para las siguientes fechas:

- Primera reunión: Mediante Oficio N° 986-2016-MTC/25, de fecha 15 de marzo de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó al OSITRAN a la reunión de inicio de la etapa de evaluación conjunta, para el día 28 de marzo de 2016. Cabe señalar que la referida reunión se llevó a cabo el 1 de abril de 2016.



- Segunda reunión: Mediante Oficio N° 1903-2016-MTC/25, recibido el 23 de mayo de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó a este Regulador a la segunda reunión de evaluación conjunta para el día 26 de mayo de 2016.
- Tercera reunión: Mediante Oficio N° 2381-2016-MTC/25, recibido el 20 de junio de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó al OSITRAN a la tercera reunión de evaluación conjunta para el día 22 de junio de 2016.
- Cuarta reunión: Por medio de Oficio N° 3080-2016-MTC/25, recibido el 4 de agosto de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó a este Regulador a la cuarta reunión de evaluación conjunta para el día 22 de agosto de 2016.
- Quinta reunión: El 23 de agosto de 2016, mediante Oficio N° 3347-2016-MTC/25, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó al OSITRAN a la quinta reunión de evaluación conjunta para el día 25 de agosto de 2016.
- Sexta reunión: Mediante Oficio N° 3423-2016-MTC/25, recibido el 31 de agosto de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC convocó a este Regulador a la sexta reunión de evaluación conjunta para el día 1 de septiembre de 2016. Es importante señalar que, por medio del Oficio N° 3478-2016-MTC/25, de fecha 1 de septiembre de 2016, la referida reunión fue postergada para el día 6 de septiembre de 2016.

5. Por otro lado, mediante Carta TPP/GG 108/2016, de fecha 3 de mayo de 2016, el Concesionario solicitó a este Regulador una reunión en el marco del procedimiento de evaluación conjunta de la adenda N° 1 del Contrato de Concesión, a efectos de analizar la incidencia en el factor de productividad de realizar las inversiones en una etapa única.



6. Mediante Oficio N° 162-16-GG-OSITRAN de 12 de mayo de 2016, la Gerencia General de OSITRAN indicó al Concesionario que, debido a la importancia del tema del factor de productividad y de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, corresponde solicitar la reunión a la Dirección General de Concesiones del MTC.

7. Con fecha 12 de agosto de 2016, el Concesionario remitió al MTC, con copia al OSITRAN, la solicitud de suspensión de cumplimiento de obligaciones previstas en el numeral 6.32 de la Sección VI del Contrato de Concesión.

8. Mediante Oficio N° 3549-2016-MTC/25, de fecha 9 de septiembre de 2016, el MTC solicitó al OSITRAN que se pronuncie respecto al Acta de acuerdo de suspensión de la obligación prevista en el numeral 6.32 del Contrato de Concesión suscrita entre las Partes.

9. Con fecha 13 de septiembre de 2016, el Regulador remitió a la Dirección General de Concesiones del MTC una propuesta de redacción de la modificación de la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión.

10. Mediante Oficio N° 0933-2016-JCP-GSF-OSITRAN de 06 de octubre de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, remitió a la Dirección General de Concesiones del MTC el Informe N° 0432-2016-JCP-GSF-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión respecto a la solicitud de suspensión de obligaciones por causal de acuerdo entre las partes prevista en el literal c) de la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión.



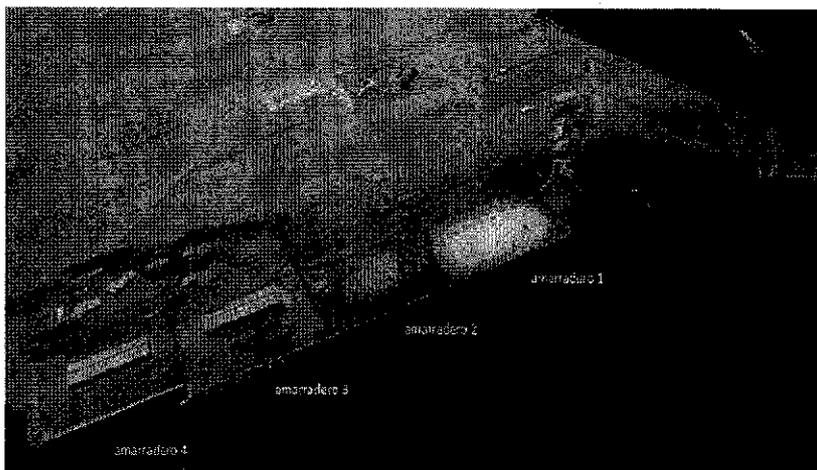
11. Mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25, recibido el 2 de noviembre de 2016, la Dirección General de Concesiones del MTC comunicó la finalización del proceso de evaluación conjunta sobre la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión. Asimismo, en el referido oficio, se solicitó la opinión técnica del OSITRAN respecto a la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión, para lo cual adjuntó el Informe N° 1053-2016-MTC/25, en el cual se sustenta la mencionada propuesta de adenda.

### SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONCESIÓN

12. El Terminal Portuario General San Martín está ubicado en la localidad Punta Pejerrey, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica, a 280 Km. del Terminal Portuario del Callao. Cabe señalar que este terminal atiende, principalmente, el movimiento de carga destinada al comercio exterior correspondiente a las ciudades de Lima, Cañete, Pisco, Ica, Palpa, Nazca, Ayacucho, Huancavelica y Apurímac.
13. El terminal portuario está conformado por un muelle marginal de 700 m. con cuatro amarraderos multipropósitos (ver Ilustración N° 1)

#### Ilustración N° 1

#### Terminal Portuario General San Martín - Pisco



Fuente: Terminal Portuario Paracas S.A.

14. El Contrato de Concesión contempla que, durante la vigencia de la Concesión, se ejecutarán Obras Iniciales (Etapa 1), Obras en Función a la Demanda (Etapas 2, 3 y 4) e Inversiones Complementarias, de acuerdo con el detalle siguiente:

- **Etapa 1:** Comprende la construcción y modernización de los amarraderos 3 y 4, con una dimensión de 350 m. (amarraderos multipropósitos), patio de almacenamiento, antepuerto, obras de dragado, instalaciones de apoyo e instalaciones eléctricas.
- **Etapa 2:** Esta etapa gatillará cuando se alcance una demanda total de 2,5 millones de toneladas en un año. Comprende la construcción y modernización de los amarraderos 1 y 2, con una dimensión de 350 m. (amarraderos para contenedores), obras de dragado, una grúa móvil, chasis de contenedores y yard tractor.
- **Etapa 3:** Esta etapa gatillará cuando se alcance una demanda de 60 miles de TEU en un año. Comprende la construcción del patio de contenedores (4,00 Ha.), una grúa pórtico, dos grúas RTG, dos reach stacker, entre otros equipos portuarios.
- **Etapa 4:** Esta etapa gatillará cuando se alcance una demanda de 225 miles de toneladas de granos limpios en un año. Comprende la ampliación del patio de almacenamiento

para la carga a granel y otras cargas (5,25 Ha.) y la adquisición de un sistema de automatizado de descarga de graneles sólidos limpios (absorbente, faja transportadora y silo).

- Inversiones Complementarias: Corresponden a inversiones portuarias (obras civiles y equipamiento) por un monto de US\$ 80 000 169,00<sup>1</sup>, las cuales no se encuentran comprendidas en las Obras Iniciales ni en las Obras en Función a la demanda y deberán ser realizadas por el Concesionario en un plazo no mayor a veinte años contados desde la Fecha de Cierre.

15. Ahora bien, el 24 de diciembre de 2015, mediante Resolución Gerencial N° 568-2015-APN/GG, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) aprobó el Expediente Técnico del proyecto Terminal Portuario General San Martín - Pisco presentado por el Concesionario para la ejecución de obras de carácter obligatorio y obras complementarias por un monto total de S/ 632 062 840,53, según el siguiente detalle:

- Obras obligatorias correspondientes a la Etapa 1: S/ 299 619 574,73
- Obras obligatorias correspondientes a la Etapa 2: S/ 148 704 599,99
- Obras obligatorias correspondientes a la Etapa 3: S/ 43 821 342,39
- Obras obligatorias correspondientes a la Etapa 4: S/ 4 006 872,75
- Obras complementarias: S/ 94 967 217,37
- Equipamiento portuario: S/ 40 943 233,30

16. Cabe precisar que, mediante la citada Resolución de la APN, ciertas obras obligatorias correspondientes a las Etapas 2, 3 y 4 se adelantarán para llevarse a cabo al mismo tiempo que las Obras Iniciales (Etapa 1). Al respecto, es importante precisar que el adelanto de obras correspondientes a las Etapas 2, 3 y 4 corresponde exclusivamente a la construcción de la infraestructura física. Las obras correspondientes al equipamiento se mantienen sujetas a los disparadores señalados en el Apéndice 2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión.

17. Según el cronograma de obra aprobado, contenido en el Expediente Técnico de Diseño, el plazo de ejecución de las obras es de 30 meses. De acuerdo con el Informe N° 1053-2016-MTC/25 remitido adjunto al Oficio N° 4310-2016-MTC/25, el cual recoge el Informe Técnico de la empresa Royal Haskoning DHV titulado "Ventajas de realizar las obras civiles el Terminal Portuario General San Martín en una única etapa", dicha alternativa representa la mejor opción, debido a que la concentración de las obras en una única etapa generaría una serie de ventajas, entre las cuales se destacan:

- Disminución del riesgo ambiental.
- Identificación de posibles interferencias o inconsistencias de diseño que afecten etapas posteriores.
- Promoción de economías de escala debido a la eliminación de costos repetitivos (contrataciones, movilizaciones de equipos) y la disminución de costos de traslado de las dragas y medidas de seguridad.
- Disminución de problemas operacionales que dificultan la consecución de los niveles de servicio en el terminal portuario.
- Disminución de conflictos comerciales con los usuarios y posibilidad de atraer naves de mayor capacidad en menor plazo.
- Puesta a disposición de los usuarios del área de influencia del Terminal Portuario General San Martín - Pisco de una infraestructura moderna y competitiva, la cual

<sup>1</sup> Este monto corresponde al ofertado por el Concesionario en su Propuesta Económica y se encuentra consignado en el Anexo 15 del Contrato de Concesión.



complementa otras infraestructuras de la región, promueve la competencia en el mercado de servicios portuarios y reduce los costos de transporte de los productores de la región.

18. Sobre el particular, es importante mencionar que, en vista que las Partes han visto por conveniente adelantar de las obras civiles de las Etapas 2 y 3, se tendrá que ejecutar parte de la Etapa 3 sin haber concluido la ejecución de la Etapa 2 (en la medida que la adquisición del Equipamiento seguirá sujeta a la consecución del disparador correspondiente). Cabe indicar que ello no sería consistente con lo dispuesto en el primer párrafo del acápite 2.4 del Apéndice 2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, según el cual:

#### "2.4 Secuencia de ejecución de Etapas

*La ejecución de las inversiones correspondientes a las Etapas 2 y 3, tendrán que ser necesariamente secuenciales.*

*Para efectos de la presentación y aprobación de los Expedientes Técnicos para la ejecución de las Obras correspondientes a las Etapas indicadas en el párrafo anterior será de aplicación lo dispuesto en el Numeral 1) "Consideraciones Generales del presente Apéndice."*

19. Sobre el particular, es importante considerar que, de acuerdo a los estudios actualizados de demanda realizados por Drewry y remitidos al Regulador durante la etapa de evaluación conjunta<sup>2</sup>, tanto el disparador que activa la ejecución de la Etapa 2 como aquel que activa la ejecución de la Etapa 3 se presentarían en el año 2018, con lo cual la secuencialidad de ejecución de las citadas etapas pierde sentido.<sup>3</sup>

20. En tal sentido, se sugiere incorporar en la propuesta de adenda N° 1 la eliminación del primer párrafo del citado acápite, a fin de evitar su transgresión.



### III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

#### III.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión

21. El artículo 22.1 del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, DL 1224) establece:

*"22.1 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"*

[El subrayado es nuestro.]

22. En la misma línea, el artículo 53 del Reglamento del Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF (en adelante, Reglamento del DL 1224) señala que las partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia

<sup>2</sup> Documento remitido mediante comunicación electrónica del Sr. Raúl García Carpio con fecha 21 de abril de 2016.

<sup>3</sup> Cabe precisar que, según el estudio de demanda considerado por PROINVERSIÓN para la estructuración del proyecto para la concesión del Terminal Portuario General San Martín - Pisco los disparadores para la ejecución de las Etapas 2 y 3 se presentarían en los años 2026 y 2030, respectivamente.



del proceso de promoción, y, además, procurarán no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

23. 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 que el marco normativo establece.
24. De otro lado, el artículo 28 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, 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."*

[El subrayado es nuestro.]

25. Lo expuesto se encuentra recogido en la Cláusula 16.1 del Contrato de Concesión que, respecto de la modificación al Contrato, dispone lo siguiente:

*"16.1. De conformidad con el Artículo 33° del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*

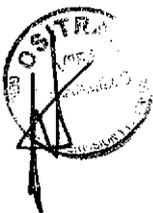
*16.2. En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá negociar y acordar con el CONCESIONARIO modificaciones al Contrato, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, entre otros, para:*

- a) *Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido;*
- b) *Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 9.3;*
- c) *Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre;*
- d) *Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en Sección IX.*

(...)

*16.4. Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes, deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al REGULADOR, con el debido sustento legal, técnico y económico – financiero, y con la conformidad de los Acreedores Permitidos, según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable.*

*16.5. En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO. El Regulador emitirá opinión técnica respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes, de acuerdo a lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables".*



26. Por su parte, los artículos 22.2, 22.3 y 22.4 del DL 1224, regulan un mecanismo de Evaluación Conjunta, de acuerdo a los siguientes términos:

"22.2 En un plazo máximo de diez días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.

22.3 Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan modificaciones al contrato Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

22.4 Los plazos y procedimientos dispuestos en el presente artículo, son establecidos en el Reglamento. De no emitirse opinión dentro de los plazos previstos son considerados como favorables".

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

27. Con relación a lo anterior, los artículos 54, 55 y 56 del Reglamento del DL 1224, establecen lo siguiente:

**"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.

**Artículo 55.- Evaluación conjunta**

55.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de adenda es publicada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida.

55.2 Recibida la propuesta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.

55.3 Las entidades públicas convocadas asisten al proceso de evaluación conjunta, en la cual se identifican: i) los temas y/o materias de la adenda de competencia de cada una de las entidades, ii) el cumplimiento de las condiciones señaladas en el presente Título, y iii) se elabora el plan de trabajo del proceso de evaluación.

55.4 Conforme el plan de trabajo, las entidades ponen en conocimiento la información que debe ser requerida al inversionista para la evaluación de las modificaciones contractuales, informan la necesidad de solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces, y, emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la adenda. Corresponde únicamente al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determinar la concurrencia del inversionista y sus financistas, de ser necesario.



55.5 Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio de Enfoque de Resultados. En caso el inversionista presente cambios a la propuesta de adenda, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis.

55.6 El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista.

55.7 Las disposiciones indicadas en el presente artículo son aplicables en lo que corresponda cuando la adenda es solicitada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

#### **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."

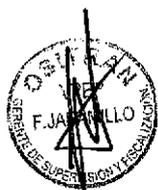
[El subrayado es nuestro.]

28. De acuerdo a las referidas normas reglamentarias, se concluye que durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de APP, no pueden suscribirse adendas a los contratos de APP, 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.



29. Igualmente, el artículo 22 del DL 1224, y el artículo 55 de su Reglamento han establecido un mecanismo de Evaluación Conjunta de modificaciones contractuales, cuyas disposiciones se aplican en todos los casos de adendas solicitadas por el inversionista, y en lo que corresponda, en los casos de adendas solicitadas por el propio Ministerio. Así, entre otros aspectos, en el marco de dicha evaluación, recibida la propuesta, el Ministerio, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.



30. El artículo 56 de la referida norma reglamentaria también dispone como regla aplicable para la evaluación correspondiente que, si la adenda propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto de APP, el Concedente -siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera- evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato<sup>4</sup>.

#### <sup>4</sup> **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.



31. Finalmente, el artículo 57.1 del Reglamento del DL 1224, establece que, sobre la base de la información proporcionada en el proceso de Evaluación Conjunta, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe determinar y sustentar las modificaciones contractuales, y luego de ello, solicitar la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.
32. Por su parte, el artículo 22.3 del DL 1224 y el artículo 57 de su Reglamento, 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. Así, el artículo 57 del Reglamento, establecen disposiciones específicas con relación a las modificaciones contractuales, señalando lo siguiente:

**"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.]

33. 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.

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.



34. En el presente caso, considerando que la solicitud de opinión técnica formulada por el Concedente fue realizada a través del Oficio N° 4310-2016-MTC/25, recibido el 2 de noviembre de 2016, el plazo para emitir la opinión técnica de OSITRAN vence el 16 de noviembre próximo.
35. En ese orden normativo, en los acápites siguientes se procederá con el análisis de admisibilidad y procedencia de la solicitud de opinión técnica no vinculante presentada por el Concedente al Regulador, en atención de la propuesta de adenda efectuada por el Concesionario en el marco de la Cláusula 16.1 del Contrato de Concesión.

### III.2 De la función asignada a OSITRAN en materia de modificación contractual

36. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, en el ejercicio de sus funciones, este Organismo Regulador debe cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses de los usuarios, los inversionistas y el Estado.
37. Por otro lado, en lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la referida Ley, establece lo siguiente:

**"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.

(...)." [El subrayado es nuestro.]

38. En concordancia con lo anterior, el artículo 28 del REGO, establece 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, debe emitir opinión técnica 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.

(...)." [El subrayado es nuestro.]

39. 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.

40. 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.

41. De otro lado, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por



Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.

42. En concreto, el numeral 6:2 prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, 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; precisando que constituyen modificaciones sustanciales de un contrato de concesión, entre otros, la modificación del Régimen Tarifario que el contrato establece, y los cambios en el Plan de Inversiones<sup>5</sup> a cargo del concesionario.
43. En lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, debemos señalar que la Cláusula 16.1 del Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

"SECCIÓN XVI: MODIFICACIONES AL CONTRATO

*16.1. De conformidad con el Artículo 33° del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*

(...)

*16.4. Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes, deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al REGULADOR, con el debido sustento legal, técnico y económico – financiero, y con la conformidad de los Acreedores Permitidos, según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable.*

[El subrayado es nuestro.]

44. Como puede observarse, el primer párrafo de la cláusula citada establece expresamente que el solicitante de la adenda asume la obligación contractual de presentar el "debido sustento legal, técnico y económico - financiero". En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, la falta o la insuficiencia de dicho sustento, implica no sólo el incumplimiento de una obligación contractualmente asumida por las Partes, sino también la imposibilidad de emisión de opinión técnica previa a cargo del Regulador.

<sup>5</sup> En relación a la modificación del Plan de Inversiones, los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:

- Evaluación de las causas y gatillos que afectan el desarrollo del cronograma inicial de inversiones.
- Evaluación técnica y económica de la propuesta que incluya el análisis de la demanda y los efectos en la prestación de los servicios.
- Análisis de valor presente de las inversiones y de los flujos de caja con y sin modificaciones.

Asimismo, en relación a la modificación del alcance de una obligación, los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:

- Valorización de la obligación
- Cumplimiento de obligaciones relacionadas.
- Riesgos por cambios en la obligación sobre la operatividad, prestación y calidad de servicios.
- Evaluación de la compensación ofrecida.



45. Adicionalmente, el Contrato de Concesión acota las causales que sustentan la necesidad de suscripción de una modificación contractual, a los siguientes supuestos:

*"16.2. En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá negociar y acordar con el CONCESIONARIO modificaciones al Contrato, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, entre otros, para:*

- a) *Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido;*
- b) *Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 9.3;*
- c) *Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre;*
- d) *Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en Sección IX".*

[El subrayado es nuestro.]

46. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión.
47. Finalmente, 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 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 DL 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

#### IV. ANÁLISIS

48. Luego de revisar la solicitud de opinión sobre la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión, remitida por el Concedente, así como lo establecido en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente, se presenta nuestro análisis que consta de dos secciones y una de consideraciones finales:

- Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión
- Análisis de la propuesta de adenda

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

49. La Cláusula 16.1 de la Sección XVI del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de enmienda, adición o modificación deberá ser presentada a la otra parte, con copia al Regulador, con el debido sustento legal, técnico y económico-financiero. Asimismo, establece que el Concedente podrá modificar el Contrato previo acuerdo con el Concesionario, respecto de lo cual el Regulador emitirá opinión técnica, de acuerdo con las Leyes y Disposiciones aplicables.
50. Al respecto, conforme se advirtió líneas arriba, el artículo 22 del DL 1224, establece que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Pública 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.
51. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:
- Sustento legal, técnico y económico-financiero



- El equilibrio económico – financiero
- Las condiciones de competencia del proceso de promoción

52. La Sección XVI del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de modificación deberá respetar la naturaleza de la Concesión, y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes. De igual modo, establece que las Partes podrán modificar el Contrato de Concesión, previo acuerdo, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público.

53. De otro lado, el artículo 54 del Reglamento del DL 1224 establece que durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los Contratos de Concesión, las entidades no pueden suscribir adendas. No obstante, contempla tres (3) supuestos excepcionales bajo los cuales es viable la modificación antes de dicho período, siendo estos los siguientes:

- La corrección de errores materiales;
- Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o,
- La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

54. Al respecto, el Contrato de Concesión bajo análisis fue suscrito el 21 de julio del 2014, por lo que a la fecha han transcurrido dos años y tres meses desde su firma. En tal sentido, a fin de determinar la admisibilidad de la propuesta de adenda presentada por las Partes, en el marco de lo dispuesto en el ordenamiento legal, es necesario verificar si la propuesta de modificación contractual se encuentra dentro de los supuestos de excepción antes indicados.



55. De acuerdo con lo indicado por el Concedente, la propuesta de adenda presentada para opinión de este Regulador, tiene por finalidad modificar aspectos vinculados al cierre financiero del Contrato de Concesión. Al respecto, señala que las modificaciones se sustentan principalmente en las necesidades de los bancos considerando la estructura de financiamiento que se planea implementar, la cual le permitiría al Concesionario obtener el financiamiento de la forma más expeditiva posible. Ello ha sido manifestado también por el Concesionario mediante Carta TPP/GG 867/2016 de fecha 26 de febrero de 2016 y Carta TPP GG 112/16 del 13 de mayo de 2016. En tal sentido, la modificación contractual propuesta se enmarcaría dentro de los supuestos de excepción establecidos por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.



56. Con las atenciones señaladas, a continuación se analizará el texto de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, presentada por la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, a través del Oficio N° 4310-2016-MTC/25, para determinar la admisibilidad de la solicitud de modificación contractual.

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

57. Con fecha 2 de noviembre de 2016, el Concedente remitió el Oficio N° 4310-2016-MTC/25, mediante el cual informa el fin de la evaluación conjunta de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión, en concordancia con lo establecido por el numeral 55.6 del artículo 55 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224. Asimismo, remitió el Informe N° 1053-2016-MTC/25 por el que se sustenta la referida propuesta de adenda y solicita a OSITRAN que emita opinión previa.



58. En dicho Informe, el Concedente en el marco del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224, evalúa el cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de adenda, en lo que respecta al equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia.
59. De igual modo, la propuesta cumple con 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.
60. En consecuencia, atendiendo a que la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25 respecto de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión cumple con los requisitos de admisibilidad señalados anteriormente, la referida solicitud debe admitirse a trámite; procediendo, por tanto, el análisis de fondo de la modificación contractual propuesta.
61. Sin embargo, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento técnico remitido. La evaluación técnica del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia de la misma, así como la evaluación de la propuesta de adenda remitida por el Concesionario y el Concedente, serán desarrolladas en las secciones siguientes.

#### IV.1.2. El equilibrio económico financiero

62. Con relación a este punto, mediante Informe N° 1053-2016-MTC/25 remitido adjunto al Oficio N° 4310-2016-MTC/25, el Concedente afirma que la adenda propuesta no afectará el Equilibrio Económico Financiero, sustentando su posición en el siguiente texto:

"110. Los contenidos de la Adenda propuesta no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que el Concesionario mantiene su obligación de ejecutar todas las Obras a las que se comprometió en su oferta a su costo, sin embargo, debido a que los Expedientes Técnicos aprobados por la APN tienen montos de inversión que difieren de la Inversión Referencial contractual, se han modificado los montos que se reconocen en caso de caducidad, y los montos que corresponden a las garantías que debe presentar el Concesionario.

111. Las modificaciones planteadas se llevan a cabo en condiciones de equidad para las Partes, es decir, que una de las Partes no se enriquezca ni empobrezca a costa de la otra, debiendo acordarse términos en condiciones de equivalencia de las prestaciones."

63. Cabe señalar que la matriz de riesgos del Contrato de Concesión considera que el riesgo financiero está asignando al Concesionario. En efecto, según lo dispuesto en la Cláusula 9.3 del Contrato de Concesión:

"9.3 Con el propósito de financiar el Diseño, Construcción, Conservación y/o Explotación del TP GSM, el CONCESIONARIO podrá, previa autorización otorgada por el CONCEDENTE, con opinión de la APN y opinión técnica del REGULADOR, otorgar garantías a favor de los Acreedores Permitidos, para garantizar el Endeudamiento Garantizado Permitido, sobre lo siguiente:

- (i) El derecho de Concesión, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley N° 26885.
- (ii) Los ingresos de la Concesión, netos de la Retribución, del Aporte por Regulación a la que se refiere el artículo 14, inciso a) de la Ley N° 26917 y de cualquier otro monto comprometido a entidades estatales.
- (iii) Las acciones o participaciones del CONCESIONARIO.



El CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías o asignaciones de fondos no lo relevará de sus obligaciones ni del Contrato. El CONCEDENTE acepta y reconoce que ni los Acreedores Permitidos ni otra persona que actúe en representación de ellos serán responsables del cumplimiento del Contrato por parte del CONCESIONARIO, hasta que en su caso, los Acreedores Permitidos ejerzan los derechos mencionados en la Cláusula 9.3.2.2 respecto de la ejecución de la hipoteca, en cuyo caso quien resulte titular de la misma como consecuencia de su ejecución, asumirá en su condición de nuevo concesionario, las obligaciones y derechos del presente Contrato.

El CONCEDENTE y el CONCESIONARIO garantizan que los derechos que se estipulan a favor de los Acreedores Permitidos en el presente Contrato son irrenunciables, irrevocables e inmutables, salvo que medie el consentimiento previo y expreso de tales Acreedores Permitidos; entendiéndose que con la sola comunicación de los Acreedores Permitidos, dirigida al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO haciéndole conocer que harán uso de tales derechos, se tendrá por cumplida la aceptación del respectivo Acreedor Permitido a la que se refiere el artículo 1458 del Código Civil."

64. Es importante señalar que, si bien el aumento del Valor del Intangible como consecuencia del aumento del presupuesto de inversión y de la incorporación de las Inversiones Complementarias e Inversiones Discrecionales estaría originando un aumento de los pasivos contingentes en caso de caducidad, esta mayor exposición o riesgo del Concedente estaría siendo mitigada por el hecho que mediante la modificación de la Cláusula 9.2.1.1 se incrementa la base de cálculo de la Garantía de Fiel Cumplimiento, al incluir una actualización anual en función al valor de las Obras Iniciales y Obras en Función a la Demanda, conforme a los montos reconocidos en los Expedientes Técnicos aprobados por la APN. Con ello, el incentivo para que el Concesionario se retire del proyecto se reduce, generando cualitativamente un alineamiento de incentivos entre el Concedente y el Concesionario.

65. Adicionalmente, cabe mencionar que el reconocimiento por parte del Concedente del 82,5% del monto final por caducidad en los casos que dicha situación se presente por incumplimiento del CONCESIONARIO tiene un efecto en el nivel de exposición en caso de caducidad que afrontaría el Estado con los Acreedores Permitidos. Sobre este último, en aplicación del artículo 57.2<sup>6</sup> del Reglamento del DL 1224, corresponderá que el Ministerio de Economía y Finanzas luego de ser requerido por el MTC, emita opinión sobre estos aspectos, por estar relacionados a los "parámetros económicos y financieros del contrato".

<sup>6</sup> **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.  
(...)"

[El subrayado es nuestro.]

66. En ese sentido, sin perjuicio de la evaluación que realice el Ministerio de Economía y Finanzas, se concluye que el MTC ha cumplido con el requisito formal en este extremo al señalar que la propuesta de adenda N° 1 del Contrato de Concesión no altera el equilibrio económico financiero.

#### IV.1.3. Las condiciones de competencia del proceso de promoción

67. Con relación a las condiciones de competencia, mediante Informe N° 1053-2016-MTC/25 remitido adjunto al Oficio N° 4310-2016-MTC/25, el Concedente afirma que la propuesta de adenda N° 1 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, pues no se está alterando directa o indirectamente el factor de competencia de la concesión.

68. De acuerdo con lo manifestado en el referido informe, la propuesta de adenda tiene por objetivo regular las condiciones y reglas generales bajo las cuales el Concesionario podrá garantizar la ejecución de la segunda y tercera etapas mediante el financiamiento con Acreedores Permitidos. Asimismo, se busca actualizar las reglas generales de financiamiento para la concesión, de manera que se pueda obtener un Endeudamiento Garantizado Permitido que le permita financiar las Obras Iniciales, Obras en Función a la Demanda e Inversiones Complementarias.

69. Para ello, se propone modificar los términos de las cláusulas referidas al valor del intangible en caso de caducidad, de manera que algoritmo de cálculo no tome en cuenta el término "Inversión Referencial" y considere a las Inversiones Complementarias.

70. Sobre el particular, cabe mencionar que el factor de competencia en el proceso de concesión del Terminal Portuario General San Martín - Pisco estuvo conformado por tres componentes y un mecanismo de desempate:

- Primer componente: descuento para la tarifa del Servicio Estándar para contenedores de 20 y 40 pies llenos.
- Segundo componente: descuento para la tarifa del Servicio Estándar para carga fraccionada.
- Tercer componente: descuento para la tarifa del Servicio Estándar para carga granel sólido.
- Mecanismo de desempate: Inversión Complementaria.

71. Según se argumenta en el informe antes mencionado, las modificaciones propuestas al algoritmo de cálculo del valor del intangible en caso de caducidad no importan un cambio en las condiciones de competencia previstas en el concurso en la medida que no se altera el monto ofertado por el Concesionario en su Propuesta Económica:

"119. Estas modificaciones para efectos de la determinación del Valor del Intangible, no importan un cambio en las condiciones de competencia previstas en la[sic] fases del Concurso, pues la oferta ofrecida por el Concesionario, en su Propuesta Económica no se ve alterada, sigue siendo el misma, permanece intangible.

120. El importe a ser considerado como Valor del Intangible para efectos de la Caducidad de la Concesión no constituyó factor de competencia en el Concurso."

72. De acuerdo con lo expuesto, el Concedente cumple con sustentar que las modificaciones propuestas en la propuesta de adenda no desvirtúan las condiciones de competencia



mediante las cuales se adjudicó el proyecto, toda vez que asegura que las condiciones propuestas en la propuesta de adenda relacionada al Factor de Competencia (descuentos para tarifas e Inversión Complementaria) no serán modificadas.

73. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal en este extremo, sin perjuicio del análisis de fondo que se realice más adelante.

#### IV.2 Análisis de la propuesta de adenda

74. 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 las modificaciones propuestas se realizará observando dichos parámetros, entre otros.

##### IV.2.1. Cuestión previa: Asignación de riesgos

75. 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 modo, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría implicar una alteración del Equilibrio Económico Financiero.



76. 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.<sup>7,8,9</sup> 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.<sup>10</sup>

77. Lo anterior es reconocido por el Reglamento del DL 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 APP puede darse de manera no limitativa, entre otros, al momento de identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.



78. De otro lado, conforme a los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados

<sup>7</sup> Kerf, M. et. al., (1998). *Concessions for infrastructure: A Guide to the Design and award*. Technical Paper N° 389. World Bank.

<sup>8</sup> Macho-Stadler, I. y D. Perez-Castrillo (2001). *An introduction to the Economics of Information*. Incentives and contracts, Oxford University Press.

<sup>9</sup> Estache, A. y G. de Rus (2003). *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores*. Banco Mundial – Alfaomega, páginas 23-25.

<sup>10</sup> 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.



por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, 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<sup>11</sup>
- No discriminación
- Beneficio – Costo
- Transparencia
- Bienestar de los Usuarios<sup>12</sup>

79. En el caso específico de esta concesión, los riesgos fueron asignados a las Partes a través del Contrato de Concesión. En esa línea de razonamiento, el análisis de las cláusulas contenidas en la propuesta de adenda se realizará verificando que las mismas no alteren dicha asignación de riesgos; destacándose que en caso que alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el sustento debido, OSITRAN observará dicha circunstancia, para señalar que no procede dicha modificación o que corresponderá a la autoridad competente definirlo, dentro del marco del DL 1224 y su Reglamento.

<sup>11</sup> 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]

<sup>12</sup> 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."*

#### IV.2.2. Cuestión previa: Sobre la propuesta de adenda analizada

80. Antes de proceder con el análisis del contenido de la propuesta de adenda remitida mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25, es importante mencionar que dicha propuesta difiere de manera significativa de las propuestas de adenda que fueron analizadas por el Regulador en la etapa de evaluación conjunta.
81. En efecto, a partir de la comparación entre la propuesta de adenda que es analizada en el presente informe y la última versión de la propuesta de adenda circulada en la etapa de evaluación conjunta<sup>13</sup>, se verifica la presencia de diferencias en las modificaciones propuestas para las siguientes cláusulas:
- Cláusula 1.29.1, definición de Acreedores Permitidos.
  - Cláusula 3.3 (b)(i), referida a las constataciones a la fecha de cierre.
  - Cláusula 3.3 (b)(ii), también referida a las constataciones a la fecha de cierre.
  - Cláusula 9.3.3.1, referida al procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria, sobre las acciones o participaciones correspondientes a la Participación Mínima.
  - Cláusula 12.4, referida a los contratos celebrados por el Concesionario.
  - Cláusula 14.3.1.3, referida al valor de la concesión en caso de caducidad producida después del inicio de la Construcción.
  - Cláusula 14.11, referida a la liquidación por mutuo acuerdo.
82. Por otro lado, la última versión de la propuesta de adenda circulada en la etapa de evaluación conjunta consideraba la inclusión de la Cláusula 5.31(bis) y las modificaciones de las Cláusulas 6.20 y 14.1.4 y del cuarto párrafo del Apéndice 2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión. Dichas modificaciones al Contrato de Concesión no han sido incluidas en la propuesta de adenda remitido mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.
83. Asimismo, la propuesta de adenda remitida mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25 incorpora modificaciones al Contrato de Concesión que no fueron consideradas la última versión de la propuesta de adenda circulada en la etapa de evaluación conjunta. En particular, en la propuesta de adenda remitida mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25, se incorporan las modificaciones a las Cláusulas 9.2.1.1, 14.3.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.3.7 y la inclusión del Anexo 11-A.
84. Finalmente, cabe precisar que las modificaciones propuestas a las Cláusulas 6.32, 8.25, 14.1.3(o) y 17.13 en la propuesta de adenda remitida mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25 sí corresponden a la última versión de la propuesta de adenda circulada en la etapa de evaluación conjunta.

#### IV.2.3. Objeto y contenido de la propuesta de adenda

85. De acuerdo con la cláusula segunda de la propuesta de adenda N° 1, esta tiene por objeto modificar el Contrato de Concesión, a solicitud de los acreedores permitidos, en aspectos vinculados con el cierre financiero del Contrato de Concesión.
86. En esa línea, mediante la cláusula tercera se modifican las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión: Cláusulas 1.29.1, 3.3 (b)(i), 3.3. (b)(ii), 6.32, 8.25, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3(o),

<sup>13</sup> Documento remitido mediante comunicación electrónica del Sr. Yaco Rosas Romero con fecha 13 de septiembre de 2016.

14.3.1.3, 14.3.3, 14.3.5, 14.11 y 17.13. Asimismo, se incorporan en el Contrato de Concesión las Cláusulas 14.3.6 y 14.3.7 y el Anexo 11-A.

**A) Modificaciones del cuarto y séptimo párrafos, eliminación del quinto y sexto párrafos e inserción de un párrafo final en la Cláusula 1.29.1 del Contrato de Concesión**

87. La propuesta de adenda plantea modificar el cuarto y séptimo párrafos, eliminar el quinto y sexto párrafos e insertar un nuevo párrafo final en la Cláusula 1.29.1, referida a la definición de Acreedores Permitidos:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>"1.29.1. Acreedores Permitidos El concepto de Acreedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos de Endeudamiento Garantizado Permitido. Para tales efectos, Acreedor Permitido será:</p> <p>(i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro,</p> <p>(ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas,</p> <p>(iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular No. 053-2013-BCRP, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o en cualquier otra circular posterior que la modifique o sustituya,</p> <p>(iv) cualquier institución financiera internacional que tenga una calificación de riesgo igual o mejor que la calificación de la deuda soberana peruana correspondiente a moneda extranjera y de largo plazo asignada por una entidad calificadoradora de riesgo internacional de reconocido prestigio aceptada por la Superintendencia del Mercado de Valores,</p> <p>(v) cualquier institución financiera nacional que tenga una calificación de riesgo no menor a "A", asignada por una clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada por la Superintendencia del Mercado de Valores,</p> <p>(vi) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes (tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP) que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por (i) el CONCESIONARIO, o (ii) a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora que adquiera derechos y/o activos derivados del Contrato de Concesión.,</p> <p>(vii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario o instrumento de deuda emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública, o a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero.</p>	<p>"1.29.1. Acreedores Permitidos El concepto de Acreedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos de Endeudamiento Garantizado Permitido. Para tales efectos, Acreedor Permitido será:</p> <p>(i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro,</p> <p>(ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas,</p> <p>(iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular No. 053-2013-BCRP, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o en cualquier otra circular posterior que la modifique o sustituya,</p> <p>(iv) cualquier institución financiera internacional que tenga una calificación de riesgo igual o mejor que la calificación de la deuda soberana peruana correspondiente a moneda extranjera y de largo plazo asignada por una entidad calificadoradora de riesgo internacional de reconocido prestigio aceptada por la Superintendencia del Mercado de Valores,</p> <p>(v) cualquier institución financiera nacional que tenga una calificación de riesgo no menor a "A", asignada por una clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada por la Superintendencia del Mercado de Valores,</p> <p>(vi) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes (tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP) que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por (i) el CONCESIONARIO, o (ii) a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora que adquiera derechos y/o activos derivados del Contrato de Concesión.,</p> <p>(vii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario o instrumento de deuda emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública, o a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero.</p>



Sólo para el caso de la estructuración de este tipo de operaciones, se podrá contemplar que el representante de los obligacionistas que actúe en representación de las futuras personas que adquirirán dichos valores o instrumentos, tendrán temporalmente el calificativo de Acreedores Permitidos e inicialmente será el encargado de presentar el Anexo 11, para ello deberán cumplir, cuando corresponda, los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vii) precedentes. Dicho calificativo se extinguirá con la correspondiente colocación financiera y se procederá con el correspondiente reemplazo del Anexo 11 que será suscrito por el representante de los obligacionistas designado conforme a lo establecido en el Artículo 87, 88° y 92° de la Ley de Mercado de Valores y según poderes emitidos por los adquirentes a favor del mismo.

Queda expresamente establecido que bajo ninguna circunstancia se permitirá que los accionistas, socios o participacionistas del CONCESIONARIO sean Acreedores Permitidos directa o indirectamente. Asimismo, el Acreedor Permitido no deberá tener ningún tipo de vinculación con el CONCESIONARIO conforme los términos establecidos en la Resolución N° 090-2005-EF-94.10, modificada por la Resolución CONASEV N° 005-2006-EF/94.10 o norma que la sustituya.

En caso se trate de valores mobiliarios, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por el Representante de los Obligacionistas (según lo establecido en el artículo 87° de la Ley del Mercado de Valores y artículo 325° de la Ley General de Sociedades), los cuales deberán cumplir con los requisitos indicados en los numerales (i) a (vii) precedentes.

En caso de créditos sindicados, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por un Agente Administrativo o Agente de Garantías, el cual deberá cumplir con los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vii) precedentes. Para tales efectos, se considera:

"Agente de Garantías", En caso de créditos sindicados, su administración requiere de una persona especializada en dicha función. El Agente de Garantías será un banco (el propio estructurador o uno de los bancos que conforman el sindicato), cuya función será la de administrar los contratos de garantías que la Sociedad Concesionaria haya otorgado en respaldo del crédito, ejecutar las garantías por orden y cuenta de los bancos, y recuperar los montos de la ejecución para ser distribuidos entre los bancos."

Sólo para el caso de la estructuración de este tipo de operaciones, se podrá contemplar que el representante de los obligacionistas que actúe en representación de las futuras personas que adquirirán dichos valores o instrumentos, tendrán temporalmente el calificativo de Acreedores Permitidos e inicialmente será el encargado de presentar el Anexo 11, para ello deberán cumplir, cuando corresponda, los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vii) precedentes. Dicho calificativo se extinguirá con la correspondiente colocación financiera y se procederá con el correspondiente reemplazo del Anexo 11 que será suscrito por el representante de los obligacionistas designado conforme a lo establecido en el Artículo 87, 88° y 92° de la Ley de Mercado de Valores y según poderes emitidos por los adquirentes a favor del mismo.

Queda expresamente establecido que bajo ninguna circunstancia se permitirá que los accionistas, socios o participacionistas del CONCESIONARIO sean Acreedores Permitidos directa o indirectamente. Asimismo, el Acreedor Permitido no deberá tener ningún tipo de vinculación con el CONCESIONARIO conforme los términos establecidos en la Resolución N° 090-2005-EF-94.10, modificada por la Resolución CONASEV N° 005-2006-EF/94.10 o norma que la sustituya.

En caso se trate de valores mobiliarios, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por el Representante de los Obligacionistas (según lo establecido en el artículo 87° de la Ley del Mercado de Valores y artículo 325° de la Ley General de Sociedades), los cuales deberán cumplir con los requisitos indicados en los numerales (i) a (vii) precedentes.

**En caso de créditos sindicados, los Acreedores Permitidos, podrán estar representados por un Agente Administrativo y/o Agente de Garantías, según corresponda, el cual deberá cumplir con alguno de los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vi) precedentes.**

~~"Agente de Garantías", En caso de créditos sindicados, su administración requiere de una persona especializada en dicha función. El Agente de Garantías será un banco (el propio estructurador o uno de los bancos que conforman el sindicato), cuya función será la de administrar los contratos de garantías que la Sociedad Concesionaria haya otorgado en respaldo del crédito, ejecutar las garantías por orden y cuenta de los bancos, y recuperar los montos de la ejecución para ser distribuidos entre los bancos."~~



"Agente Administrativo", En caso de créditos sindicados, su administración requiere de una persona especializada en dicha función. El Agente Administrativo será un banco (el propio estructurador o uno de los bancos que conforman el sindicato), cuya función será la de administrar y hacer el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones y compromisos establecidos en el contrato de crédito sindicado por parte de la Sociedad Concesionaria.

Los Acreedores Permitidos deberán contar con la autorización del CONCEDENTE para acceder a tal condición, cumpliendo con presentar previamente el modelo contenido en el Anexo 11 ante el CONCEDENTE para su aprobación.

~~"Agente Administrativo", En caso de créditos sindicados, su administración requiere de una persona especializada en dicha función. El Agente Administrativo será un banco (el propio estructurador o uno de los bancos que conforman el sindicato), cuya función será la de administrar y hacer el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones y compromisos establecidos en el contrato de crédito sindicado por parte de la Sociedad Concesionaria.~~

Los Acreedores Permitidos deberán contar con la autorización del CONCEDENTE para acceder a tal condición, cumpliendo con presentar previamente la declaración contenida en el Anexo 11 o en el Anexo 11-A (según corresponda) ante el CONCEDENTE para su aprobación.

En caso que con posterioridad a la autorización de un Endeudamiento Garantizado Permitido, un Acreedor Permitido ceda su posición contractual, total o parcialmente, en dicho Endeudamiento Garantizado Permitido a un tercero que no hubiera sido acreditado como Acreedor Permitido, dicho tercero previamente deberá presentar la declaración contenida en el Anexo 11 o el Anexo 11-A (según corresponda) al CONCEDENTE y ser calificado como tal".



88. Sobre el particular, el Concedente ha señalado en su informe de sustento que la referencia a Agente Administrativo y Agente de Garantías es limitativa en caso los Acreedores Permitidos requieran de un representante en una operación de préstamo sindicado. En efecto, considerando que las entidades financieras que otorgan el préstamo operarían en el exterior, la designación como Agente Administrativo y/o Agente de Garantía podría recaer sobre un tercero no vinculado al otorgamiento del préstamo, y no sobre uno de los bancos que otorga el mismo.



89. De otro lado, con relación a la precisión de que en caso los Acreedores Permitidos cedan su posición contractual a otro acreedor, estos también deberán ser evaluados por el Concedente, en el informe de sustento se señala que con dicha modificación se aseguraría la solvencia y respaldo de los nuevos acreedores.

90. En primer lugar, debe señalarse que en la propuesta de adenda se establece que el Agente Administrativo y/o Agente de Garantía deberán ser entidades que cumplan con alguno de los requisitos indicados en los numerales (i) al (vi) de la Cláusula 1.29.1; no obstante, no se precisa cuál sería su función o rol en el marco de un Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP). En tal sentido, se sugiere que se precise que las funciones de dichos agentes se realizarán en el marco de un EGP en representación de los Acreedores Permitidos. En términos generales, el cambio propuesto no implica una modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contratado de Concesión, siempre que se considere la precisión de forma sugerida.

91. En segundo lugar, consideramos que la modificación referida a la presentación por parte de los Acreedores Permitidos del Anexo 11-A resulta adecuada, en la medida que su redacción corresponde a un financiamiento vía préstamo. La pertinencia de la inclusión del referido anexo se analiza más adelante.



92. En tercer lugar, respecto de la inclusión de un párrafo final que regule la cesión de posición contractual de los Acreedores Permitidos a un tercero no calificado como tal, se sugiere que, adicionalmente a la presentación al Concedente del Anexo 11 o Anexo 11-A por parte de dicho tercero, se precise que el Concedente debe verificar que cumple con alguno de los requisitos indicados en los numerales (i) al (v) de la Cláusula 1.29.1.
93. Por todo lo expuesto, las modificaciones propuestas a la Cláusula 1.29.1 se consideran adecuadas en la medida que no generan modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión, siendo potestad del Concedente realizar las precisiones sugeridas en los párrafos anteriores.

**B) Modificación de la Cláusula 3.3(b)(i) del Contrato de Concesión**

94. La propuesta de adenda plantea modificar el primer párrafo de la Cláusula 3.3(b)(i) en los términos siguientes:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>(i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones que representen el porcentaje correspondiente a la Participación Mínima del Socio Estratégico (35% del capital social del CONCESIONARIO), a favor de terceros, incluyendo a los propios socios o accionistas del CONCESIONARIO, hasta finalizado el quinto año contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, salvo por lo previsto en la Sección IX respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde la Fecha de Cierre, con la finalidad de obtener financiamiento.</p>	<p>(i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones que representen el porcentaje correspondiente a la Participación Mínima del Socio Estratégico (35% del capital social del CONCESIONARIO), a favor de terceros, incluyendo a los propios socios o accionistas del CONCESIONARIO, hasta finalizado el quinto año contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, salvo por lo previsto en la Sección IX respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde la Fecha de Cierre, con la finalidad de obtener financiamiento, <u>así como de la posibilidad de que dichas acciones o participaciones sean transferidas como consecuencia de la ejecución de la garantía mobiliaria sobre las referidas acciones o participaciones.</u></p>



95. Respecto a la modificación del primer párrafo del acápite (i) del literal b de la Cláusula 3.3, el Concedente ha señalado que los Acreedores Permitidos requieren que se precise que las restricciones a la transferencia de acciones no sean de aplicación en caso la transferencia se realice como consecuencia de la ejecución de las garantías mobiliarias sobre acciones constituidas de acuerdo con lo indicado en la Cláusula 9.3.
96. En opinión de estas Gerencias, la redacción original de la Cláusula 3.3 (b)(i) ya excluye las transferencias realizadas como consecuencia de la ejecución de garantías mobiliarias sobre acciones constituidas de acuerdo con lo indicado en la Sección IX del Contrato de Concesión. Por tal motivo, la modificación en este extremo constituye una precisión a la redacción original de la referida cláusula y no alteraría la distribución de riesgos del Contrato de Concesión.

**C) Modificación de la Cláusula 3.3 (b)(ii) del Contrato de Concesión**

97. La propuesta de adenda plantea incluir un último párrafo en la Cláusula 3.3 (b)(ii):



Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>(ii) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones, distintas a la Participación Mínima, a favor de las otras personas jurídicas postoras o de los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso, hasta finalizado el quinto año contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, luego de lo cual los accionistas o socios podrán transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones libremente.</p> <p>La limitación antes señalada comprende también, la transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones, a favor de empresas que pudieran tener vinculación directa o indirecta o que formen parte de un Grupo Económico, relacionadas con las personas jurídicas postoras o con los integrantes de los consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso.</p>	<p>(ii) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones, distintas a la Participación Mínima, a favor de las otras personas jurídicas postoras o de los integrantes de los otros consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso, hasta finalizado el quinto año contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, luego de lo cual los accionistas o socios podrán transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones libremente.</p> <p>La limitación antes señalada comprende también, la transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones, a favor de empresas que pudieran tener vinculación directa o indirecta o que formen parte de un Grupo Económico, relacionadas con las personas jurídicas postoras o con los integrantes de los consorcios que presentaron ofertas económicas durante el Concurso.</p> <p><u>Sin perjuicio de ello, las presentes limitaciones no serán de aplicación con respecto a la constitución de garantías mobiliarias sobre las acciones o participaciones al amparo de la Sección IX y con la finalidad de obtener financiamiento, ni para las transferencias de las acciones o participaciones que se realicen como consecuencia de la ejecución de la garantía mobiliaria sobre las referidas acciones o participaciones.</u></p>

98. Sobre el particular, el Concedente ha señalado que la limitación respecto a la transferencia de las acciones que no corresponden al Socio Estratégico en favor de otros postores o vinculados a ellos, genera una limitación a los Acreedores Permitidos en una eventual ejecución de la garantía mobiliaria sobre acciones, razón por la cual debiera exceptuarse dicha transferencia de las limitaciones en los estatutos.

99. Al respecto, cabe señalar que las restricciones consideradas en los estatutos del Concesionario señalados en la Cláusula 3.3 (b)(ii) están referidas a no gravar las acciones que no corresponden a la participación mínima en favor de otros postores o empresas vinculadas a ellos; no obstante, en un escenario de ejecución de garantías mobiliarias sobre acciones por parte de los Acreedores Permitidos, resulta coherente que los otros postores se interesen en la Concesión y se les pueda transferir dichas acciones.

100. En tal sentido, consideramos adecuada la propuesta de modificación de la Cláusula 3.3 (b)(ii) dado que no genera modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión, por cuanto corresponde a una precisión en el caso de que los Acreedores Permitidos ejerzan su derecho de ejecución de las garantías mobiliarias sobre las acciones que no corresponden a la participación mínima.



D) Modificación de la Cláusula 6.32 del Contrato de Concesión

101. La propuesta de adenda plantea modificar la Cláusula 6.32 en el siguiente sentido:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p><b>RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTRUCCIÓN</b></p> <p>6.32. El CONCESIONARIO tendrá un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el EIA y el Expediente Técnico, para acreditar ante el CONCEDENTE que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de la totalidad de las Obras Iniciales. La acreditación solicitada podrá efectuarse mediante un plan de financiamiento que contengan los aportes de capital previstos y/o el cierre financiero con los Acreedores Permitidos o terceros. Para los dos últimos casos, deberá presentar copia de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual que haya sido relevante con relación a los acuerdos que el CONCESIONARIO haya adoptado con los Acreedores Permitidos o terceros.</p>	<p><b>RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTRUCCIÓN</b></p> <p>6.32. El CONCESIONARIO tendrá un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el EIA y el Expediente Técnico, para acreditar ante el CONCEDENTE que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras de la totalidad de las Obras Iniciales <u>y, de ser el caso, de las demás Obras en Función de la Demanda previstas en el Expediente Técnico aprobados por el CONCEDENTE.</u> La acreditación solicitada podrá efectuarse mediante un plan de financiamiento que contengan los aportes de capital previstos y/o el cierre financiero con los Acreedores Permitidos o terceros. Para los dos últimos casos, deberá presentar copia de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual que haya sido relevante con relación a los acuerdos que el CONCESIONARIO haya adoptado con los Acreedores Permitidos o terceros.</p>



102. Con relación a la modificación propuesta, el Concedente señala que el Informe Técnico-Legal N° 017-2016-APN/DIPLA/DIRTEC/UJ del 08 de abril de 2016, aprueba la solicitud del Concesionario del adelanto de obras correspondientes a las Etapas 1, 2, 3 y 4 del Terminal Portuario General San Martín - Pisco, lo cual también ha sido aprobado mediante Oficio N° 634-2015-MTC/25. En consecuencia, resultaría pertinente que el Concesionario deba acreditar también que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de las demás Obras en Función de la Demanda prevista en el Expediente Técnico aprobado por el Concedente.



103. En opinión de estas Gerencias, dado que el Concedente aprobó el adelanto de la ejecución de las Obras correspondientes a las Etapas 1, 2, 3 y 4, resulta coherente que se realice la precisión respecto a que también debiera considerarse que el Concesionario cuenta con los fondos para financiar dicho adelanto de Obras en el Cierre Financiero, tal como se señala en la propuesta de adenda.

104. En consecuencia, consideramos adecuada la propuesta de adenda en este extremo, dado que no genera modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión.

E) Modificación de la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión

105. La propuesta de adenda plantea modificar el primer y penúltimo párrafos de la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión en los términos siguientes:

Contrato de Concesión	Propuesta de adenda N° 1
<p>8.25 A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas, aplicando el mecanismo regulatorio "RPI-X", establecido en</p>	<p>8.25 A partir del quinto año contado desde el inicio de la Explotación <u>de la totalidad de las Obras correspondientes a la Etapa 1</u>, el REGULADOR realizará la primera revisión de las Tarifas,</p>



<p>el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa. (...) Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria anual correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros cinco (5) años contados desde el inicio de la Explotación, el factor de productividad (X), será cero (0).</p>	<p>aplicando el mecanismo regulatorio "RPI - X", establecido en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN tanto para los Servicios Estándar como para los Servicios Especiales con Tarifa. (...) Adicionalmente, cada año, se realizará la actualización tarifaria anual correspondiente en función al RPI de los últimos doce (12) meses disponibles y el factor de productividad (X) estimado por el REGULADOR para dicho quinquenio. Para los primeros <del>cinco (5)</del> años contados desde el inicio de la Explotación <u>de la Concesión hasta el quinto año contado desde el inicio de la Explotación de la totalidad de las Obras correspondientes a la Etapa 1</u>, el factor de productividad (X), será cero (0), aplicándose únicamente el RPI.</p>
--	---

106. Sobre el particular, el Concedente señala que, de acuerdo con las conclusiones del informe Técnico Legal N° 017-2016-APN/DIPLA/DIRTEC/UAJ de fecha 8 de abril de 2016, mediante el cual se aprueba la solicitud del Concesionario para el adelanto de obras correspondientes a las etapas 1, 2, 3 y 4, la aprobación y ejecución de un adelanto de inversiones no originará la activación del procedimiento de fijación tarifaria. En tal sentido, se adecúa la Cláusula 8.25 del Contrato de Concesión, en coordinación con el Regulador.
107. Al respecto, es importante tener en cuenta que la aplicación del mecanismo de incentivos mediante la metodología de RPI-X es práctica establecida a nivel mundial en diversos sectores. Esta metodología tiene como objetivo incentivar a las empresas a realizar inversiones y a ser eficientes a nivel de costos operativos durante el período regulatorio. De esa manera, las ganancias de eficiencia de la empresa se trasladan a los usuarios en el siguiente período regulatorio, vía menores tarifas.
108. En el Perú, los resultados de los procedimientos de revisión tarifaria muestran que, en muchos casos, el mencionado mecanismo ha funcionado, debido a que las empresas que mostraron ganancias de eficiencias trasladaron dichas ganancias a los usuarios, los cuales se favorecieron con menores tarifas en la mayoría de casos.
109. Sin embargo, es importante considerar que el sector de infraestructura de transporte de uso público se caracteriza por el hecho que ante la realización de inversiones no necesariamente se presenta una respuesta rápida en la demanda, como es el caso de otros sectores (por ejemplo, telecomunicaciones) cuya demanda puede responder en períodos de tiempo más cortos y permitir a la empresa ser más eficiente. Llevar a cabo un procedimiento de revisión tarifaria bajo el mecanismo RPI - X en dichas condiciones (alto nivel de inversiones y tiempo insuficiente para la reacción de la demanda) puede determinar la presencia de incrementos significativos en el nivel tarifario que perjudican seriamente a los usuarios.
110. En tal sentido, resulta conveniente que el primer procedimiento de revisión tarifaria se lleve a cabo al quinto año contado desde la culminación de las obras iniciales. Este período permite que las inversiones sean incorporadas a la prestación del servicio, que los servicios "maduren" y que la gestión de la entidad prestadora permita la reducción de costos, es decir, ganancias de eficiencia.
111. Conviene mencionar que diversos contratos de concesión en el sector portuario consideran el inicio de las revisiones tarifarias con una periodicidad similar. Así, la primera revisión tarifaria del Terminal Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao (TMS) se llevó a cabo al



quinto año contado desde el inicio de la explotación con dos amarraderos; la primera revisión tarifaria del Terminal Portuario de Paita se realizará al quinto año contado desde el inicio de la explotación del Muelle de Contenedores, y la primera revisión tarifaria del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Terminal Portuario del Callao (TEC) se llevará a cabo a partir del quinto año contado desde el inicio de la explotación. Cabe precisar que el TMS y el TEC son puertos *greenfield*, en los que el inicio de la explotación coincide con la finalización de la construcción de la infraestructura.

112. Asimismo, debe considerarse que, en caso la revisión de tarifas máximas se inicie en un periodo muy cercano o coincidente con la fecha de entrega de obras en los terminales portuarios se afectaría significativamente el poder de los incentivos que genera la regulación por RPI - X, ya que la medición del capital sin un período adecuado en el que el concesionario pueda generar eficiencias se convierte en un ejercicio de reconocimiento de gastos, lo que es consistente con una regulación de tasa de retorno.
113. Por tanto, consideramos adecuada la modificación propuesta, en la medida que es acorde con lo establecido en otros contratos de concesión del sector portuario y permitirá la incorporación de inversiones en la prestación de servicios en el terminal y la consecuente presencia de ganancias de eficiencia.

**F) Modificación de la Cláusula 9.2.1.1 del Contrato de Concesión**

114. La propuesta de adenda plantea modificar la Cláusula 9.2.1.1 de la manera siguiente:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>9.2.1. <i>Garantía de Fiel Cumplimiento:</i></p> <p>9.2.1.1. <i>A fin de garantizar todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo las de Diseño, Construcción, Explotación y Conservación de las Obras, pago de penalidades, y ejecución de Inversiones Complementarias si las hubiere, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, de acuerdo a lo siguiente:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Desde la Fecha de Cierre, hasta 12 meses posteriores a la Caducidad de la Concesión: 10% del monto de la Inversión Referencial en valores constantes.</i></li> <li>• <i>Antes del inicio de ejecución de cada Etapa, el CONCESIONARIO deberá incrementar el monto de la garantía antes referida, en 10% del Presupuesto Estimado de Obras establecido en el Expediente Técnico aprobado por la APN correspondiente a cada Etapa y mantenerla vigente hasta 6 meses posteriores a la emisión del Acta de Recepción de las Obras de cada Etapa.</i></li> <li>• <i>En caso el CONCESIONARIO se encuentre obligado a ejecutar Inversiones Complementarias deberá incrementar el monto de la garantía antes referida en 20% del monto</i></li> </ul>	<p>9.2.1. <i>Garantía de Fiel Cumplimiento:</i></p> <p>9.2.1.1. <i>A fin de garantizar todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo las de Diseño, Construcción, Explotación y Conservación de las Obras, pago de penalidades, y ejecución de Inversiones Complementarias si las hubiere, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, de acuerdo a lo siguiente:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Desde la Fecha de Cierre, hasta 12 meses posteriores a la Caducidad de la Concesión: 10% del monto de la Inversión Referencial en Valor constante. <u>La base de cálculo de esta Garantía de Fiel de Cumplimiento se actualizará anualmente, de ser el caso, en función al valor de las Obras Iniciales y Obras en Función a la Demanda, conforme a los montos reconocidos en los Expedientes Técnicos una vez que estos hayan sido aprobados por la APN.</u></i></li> </ul> <p>(...)</p>



de las Inversiones Complementarias ofrecidas o remanentes luego de la aplicación de la Tasa de Actualización de Inversión Complementaria. Dicho incremento será exigible desde la Fecha de Cierre y hasta que exista un fondo remanente de dichas obligaciones complementarias y se suscriba la última acta de recepción de Inversiones Complementarias y/o de efectuado el depósito correspondiente a favor del Fondo Social TP GSM.

115. Respecto a la modificación propuesta en la Cláusula 9.2.1.1, el Concedente señala que ello se realiza a efectos de hacerla congruente con la Cláusula 14.3 "Valor de la Concesión en caso de Caducidad". Es importante mencionar que la modificación propuesta para la Cláusula 9.2.1.1 no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.
116. La Garantía de Fiel Cumplimiento es la carta de crédito *stand by* o la fianza bancaria que presenta el Concesionario con el objeto de garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, cuya base de cálculo, según el Contrato de Concesión vigente, es la Inversión Referencial.
117. Al respecto, teniendo en cuenta que la Inversión Referencial fue trabajada con información preliminar obtenida antes de la suscripción del Contrato de Concesión, la cual puede quedar desfasada en la medida que se vayan formulando, aprobando y modificando los Expedientes Técnicos, resulta adecuado que la referida base de cálculo se ajuste anualmente considerando la información actualizada contenida en dichos Expedientes o sus modificaciones aprobados por la APN.
118. No obstante, debe tomarse en cuenta que, conforme al marco normativo vigente, el reconocimiento de la inversión de las Obras de los concesionarios portuarios sólo procede luego de la recepción y liquidación de dichas Obras. Adicionalmente, el Expediente Técnico puede estar sujeto a modificaciones aprobadas por la APN.
119. En este contexto, se recomienda ajustar la redacción de la propuesta de modificación de la Cláusula 9.2.1.1, en los siguientes términos:

"9.2.1. Garantía de Fiel Cumplimiento:

9.2.1.1. A fin de garantizar todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Contrato, incluyendo las de Diseño, Construcción, Explotación y Conservación de las Obras, pago de penalidades, y ejecución de Inversiones Complementarias si las hubiere, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, de acuerdo a lo siguiente:

- Desde la Fecha de Cierre, hasta 12 meses posteriores a la Caducidad de la Concesión: 10% del monto de la Inversión Referencial en Valor constante. La base de cálculo de esta Garantía de Fiel de Cumplimiento se actualizará anualmente, de ser el caso, en función al valor de las Obras Iniciales y Obras en Función a la Demanda, conforme a los montos reconocidos de los presupuestos contenidos en los Expedientes Técnicos o sus modificatorias, según corresponda, una vez que estos hayan sido aprobados por la APN."

120. Por lo expuesto, estas Gerencias consideran que la actualización de la Garantía de Fiel Cumplimiento conforme a los montos presupuestados en los Expedientes Técnicos una vez aprobados por la APN respecto a las Obras Iniciales y las Obras en Función a la Demanda,



mantiene la naturaleza de dicha garantía. Sin embargo, la propuesta de adenda debería considerar los montos presupuestados en los Expedientes Técnicos, por lo que se recomienda modificar la propuesta de adenda en los términos señalados previamente, a fin de evitar una interpretación equivocada de la cláusula propuesta.

**G) Modificación de la Cláusula 9.3.3.1 del Contrato de Concesión**

121. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 9.3.3.1 mediante la inserción del siguiente párrafo final:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>9.3.3.1 El procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones correspondiente a la Participación Mínima, bajo la dirección del (los) Acreedor(es) Permitido(s) y con la participación del CONCEDENTE, se regirá obligatoriamente por las siguientes reglas:</p> <p>La decisión del (los) Acreedor(es) Permitido(s) consistente en ejercer su derecho a ejecutar la garantía mobiliaria de las acciones o participaciones constituida a su favor, deberá ser comunicada por escrito al CONCEDENTE, al CONCESIONARIO y al REGULADOR.</p> <p>A partir de dicho momento, (a) el CONCEDENTE estará impedido de declarar la Caducidad de la Concesión y estará obligado a iniciar inmediatamente las coordinaciones del caso con el (los) Acreedor(es) Permitido(s), con el objeto de designar a la persona jurídica que, conforme a los mismos términos previstos en el Contrato de Concesión y bajo una retribución a ser acordada con el (los) Acreedor(es) Permitido(s), actuará como interventor y estará transitoriamente a cargo de la operación de la Concesión durante el tiempo que demande la sustitución del Socio Estratégico a que se hace referencia en los puntos siguientes; y (b) ningún acto del CONCESIONARIO podrá suspender el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria, quedando impedido a dar cumplimiento a las obligaciones que dieron lugar a la ejecución de la referida garantía.</p> <p>Para tales efectos, el (los) Acreedor(es) Permitido(s) podrá(n) proponer al CONCEDENTE operadores calificados, que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases y quien elegirá a uno de ellos para encargarse transitoriamente de la Concesión. La designación de la persona jurídica que actuará como interventor, determinada por el CONCEDENTE, deberá ser comunicada por escrito al REGULADOR y al CONCESIONARIO. A partir de dicho momento, el CONCESIONARIO estará obligado a iniciar las coordinaciones del caso, con</p>	<p>9.3.3.1 El procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones correspondiente a la Participación Mínima, bajo la dirección del (los) Acreedor(es) Permitido(s) y con la participación del CONCEDENTE, se regirá obligatoriamente por las siguientes reglas:</p> <p>La decisión del (los) Acreedor(es) Permitido(s) consistente en ejercer su derecho a ejecutar la garantía mobiliaria de las acciones o participaciones constituida a su favor, deberá ser comunicada por escrito al CONCEDENTE, al CONCESIONARIO y al REGULADOR.</p> <p>A partir de dicho momento, (a) el CONCEDENTE estará impedido de declarar la Caducidad de la Concesión y estará obligado a iniciar inmediatamente las coordinaciones del caso con el (los) Acreedor(es) Permitido(s), con el objeto de designar a la persona jurídica que, conforme a los mismos términos previstos en el Contrato de Concesión y bajo una retribución a ser acordada con el (los) Acreedor(es) Permitido(s), actuará como interventor y estará transitoriamente a cargo de la operación de la Concesión durante el tiempo que demande la sustitución del Socio Estratégico a que se hace referencia en los puntos siguientes; y (b) ningún acto del CONCESIONARIO podrá suspender el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria, quedando impedido a dar cumplimiento a las obligaciones que dieron lugar a la ejecución de la referida garantía.</p> <p>Para tales efectos, el (los) Acreedor(es) Permitido(s) podrá(n) proponer al CONCEDENTE operadores calificados, que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases y quien elegirá a uno de ellos para encargarse transitoriamente de la Concesión. La designación de la persona jurídica que actuará como interventor, determinada por el CONCEDENTE, deberá ser comunicada por escrito al REGULADOR y al CONCESIONARIO. A partir de dicho momento, el CONCESIONARIO estará obligado a iniciar las coordinaciones del caso, con</p>



el objeto de que la transferencia se lleve a cabo de la manera más eficiente posible.

La operación transitoria de la Concesión en manos del interventor deberá quedar perfeccionada en un plazo no mayor a los sesenta (60) Días Calendario contados a partir de la fecha en que el CONCESIONARIO tome conocimiento de la referida designación, asumiendo el CONCESIONARIO responsabilidad si la operación transitoria antes mencionada no se perfecciona por causas imputables a éste.

Una vez que la Concesión se encuentre bajo la operación transitoria del Interventor, el (los) Acreedor(es) Permitido(s) deberá(n) proponer al CONCEDENTE, el texto íntegro de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima, en un plazo máximo de treinta (30) Días. Dichas bases deberán respetar los lineamientos sustantivos contenidos en las Bases del Concurso, especialmente en lo correspondiente a las características generales de la Concesión y el Expediente Técnico respectivamente, en cuanto no se opongan a la naturaleza de la nueva subasta a realizarse.

Sometido el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima a consideración del CONCEDENTE, éste deberá formular sus observaciones sobre los mismos a través de un pronunciamiento que deberá ser emitido dentro de los diez (10) Días contados a partir de la fecha en que se le entregó el texto en referencia. Vencido dicho plazo y a falta de pronunciamiento por parte del CONCEDENTE, el referido texto se entenderá aprobado.

Una vez que el (los) Acreedor(es) Permitido(s) tome(n) conocimiento de las observaciones formuladas por el CONCEDENTE, tendrá(n) un plazo no mayor a diez (10) Días para efectos de subsanarlas o rechazarlas y someter al CONCEDENTE por segunda vez el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima. Seguidamente, el CONCEDENTE deberá emitir pronunciamiento respecto del texto en referencia dentro de los diez (10) Días contados a partir de la fecha en que se le comunicó por segunda vez. No obstante, vencido el plazo en referencia y a falta de pronunciamiento en sentido aprobatorio, el referido texto se entenderá aprobado.

Aprobado el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima, el (los) Acreedor(es)

el objeto de que la transferencia se lleve a cabo de la manera más eficiente posible.

La operación transitoria de la Concesión en manos del interventor deberá quedar perfeccionada en un plazo no mayor a los sesenta (60) Días Calendario contados a partir de la fecha en que el CONCESIONARIO tome conocimiento de la referida designación, asumiendo el CONCESIONARIO responsabilidad si la operación transitoria antes mencionada no se perfecciona por causas imputables a éste.

Una vez que la Concesión se encuentre bajo la operación transitoria del Interventor, el (los) Acreedor(es) Permitido(s) deberá(n) proponer al CONCEDENTE, el texto íntegro de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima, en un plazo máximo de treinta (30) Días. Dichas bases deberán respetar los lineamientos sustantivos contenidos en las Bases del Concurso, especialmente en lo correspondiente a las características generales de la Concesión y el Expediente Técnico respectivamente, en cuanto no se opongan a la naturaleza de la nueva subasta a realizarse.

Sometido el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima a consideración del CONCEDENTE, éste deberá formular sus observaciones sobre los mismos a través de un pronunciamiento que deberá ser emitido dentro de los diez (10) Días contados a partir de la fecha en que se le entregó el texto en referencia. Vencido dicho plazo y a falta de pronunciamiento por parte del CONCEDENTE, el referido texto se entenderá aprobado.

Una vez que el (los) Acreedor(es) Permitido(s) tome(n) conocimiento de las observaciones formuladas por el CONCEDENTE, tendrá(n) un plazo no mayor a diez (10) Días para efectos de subsanarlas o rechazarlas y someter al CONCEDENTE por segunda vez el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima. Seguidamente, el CONCEDENTE deberá emitir pronunciamiento respecto del texto en referencia dentro de los diez (10) Días contados a partir de la fecha en que se le comunicó por segunda vez. No obstante, vencido el plazo en referencia y a falta de pronunciamiento en sentido aprobatorio, el referido texto se entenderá aprobado.

Aprobado el texto de la convocatoria y las bases del procedimiento de subasta privada de la Participación Mínima, el (los) Acreedor(es)



Permitidos deberá(n) dar trámite al procedimiento allí establecido en un plazo no mayor a los diez (10) Días siguientes. La buena pro deberá ser otorgada en un plazo que no podrá exceder los ciento ochenta (180) Días contados a partir de la convocatoria, salvo que, conforme a las circunstancias del caso, el trámite de dicho procedimiento demande un plazo mayor, en cuyo caso se aplicará la prórroga que determine el CONCEDENTE.

Otorgada la buena pro de la subasta privada de la Participación Mínima conforme a lo establecido en el texto de las bases aprobadas por el CONCEDENTE, así como a lo señalado en esta Sección, dicho acto deberá ser comunicado por escrito tanto al CONCEDENTE como a la persona jurídica Interventora. A partir de dicho momento, esta última estará obligada a iniciar las coordinaciones del caso, con el objeto de que la transición de la operación de la Concesión se lleve a cabo de la manera más eficiente posible. La sustitución definitiva del Socio Estratégico a favor del adjudicatario de la buena pro deberá quedar perfeccionada en un plazo no mayor a los treinta (30) Días contados a partir de la fecha en que se otorgó la buena pro de la subasta privada, bajo responsabilidad del interventor, salvo que la sustitución no pudiera ser perfeccionada en dicho plazo por un hecho imputable al adjudicatario.

Conforme al procedimiento establecido previamente, el adjudicatario de la buena pro de la subasta privada descrita líneas arriba será reconocido por el CONCEDENTE como nuevo Socio Estratégico. Para tales efectos, dicho Socio Estratégico sustituirá íntegramente al Socio Estratégico original, quedando sujeto a los términos del presente Contrato de Concesión.

Permitidos deberá(n) dar trámite al procedimiento allí establecido en un plazo no mayor a los diez (10) Días siguientes. La buena pro deberá ser otorgada en un plazo que no podrá exceder los ciento ochenta (180) Días contados a partir de la convocatoria, salvo que, conforme a las circunstancias del caso, el trámite de dicho procedimiento demande un plazo mayor, en cuyo caso se aplicará la prórroga que determine el CONCEDENTE.

Otorgada la buena pro de la subasta privada de la Participación Mínima conforme a lo establecido en el texto de las bases aprobadas por el CONCEDENTE, así como a lo señalado en esta Sección, dicho acto deberá ser comunicado por escrito tanto al CONCEDENTE como a la persona jurídica Interventora. A partir de dicho momento, esta última estará obligada a iniciar las coordinaciones del caso, con el objeto de que la transición de la operación de la Concesión se lleve a cabo de la manera más eficiente posible. La sustitución definitiva del Socio Estratégico a favor del adjudicatario de la buena pro deberá quedar perfeccionada en un plazo no mayor a los treinta (30) Días contados a partir de la fecha en que se otorgó la buena pro de la subasta privada, bajo responsabilidad del interventor, salvo que la sustitución no pudiera ser perfeccionada en dicho plazo por un hecho imputable al adjudicatario.

Conforme al procedimiento establecido previamente, el adjudicatario de la buena pro de la subasta privada descrita líneas arriba será reconocido por el CONCEDENTE como nuevo Socio Estratégico. Para tales efectos, dicho Socio Estratégico sustituirá íntegramente al Socio Estratégico original, quedando sujeto a los términos del presente Contrato de Concesión.

Durante el proceso de ejecución de la hipoteca sobre la concesión y/o de la garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones del CONCESIONARIO y siempre que se mantenga vigente la Concesión, los flujos, pagos e ingresos provenientes de la Concesión seguirán siendo canalizados a través del fideicomiso de flujos constituido para efectos de garantizar el Endeudamiento Garantizado Permitido y seguirán siendo utilizados conforme a los términos acordados.

122. Respecto de la modificación propuesta, el Concedente señala que resulta de importancia para los Acreedores Permitidos que los flujos derivados de la Concesión continúen siendo destinados al Fideicomiso de Flujos aún en el caso de intervención, con lo cual se mantiene el esquema establecido en el respectivo contrato de fideicomiso.



123. Sobre el particular, es importante mencionar que los esquemas de financiamiento en concesiones normalmente hacen uso del fideicomiso de administración y garantía a efectos de garantizar a los Acreedores Permitidos el pago de sus acreencias. En particular, en la Cláusula 9.3.1 del presente Contrato de Concesión se establece que:

"(...)

*En cualquier caso el Endeudamiento Garantizado Permitido deberá prever la constitución de un fideicomiso sobre los ingresos de la Concesión, netos de la Retribución, del Aporte por Regulación a la que se refiere el inciso a) del artículo 14 de la Ley N° 26917 y de cualquier otro monto comprometido a entidades estatales; con la finalidad de garantizar que los ingresos fideicometidos serán efectivamente utilizados para el servicio de la deuda.*

"(...)"

124. En tal sentido, resulta coherente la precisión señalada en la propuesta de modificación de la Cláusula 9.3.3.1. Sin embargo, se sugiere que se señale que el fideicomiso de flujos al que se hace referencia es el "fideicomiso sobre los ingresos de la Concesión" mencionado en la Cláusula 9.3.1.
125. Por tanto, consideramos adecuada la modificación propuesta, en tanto no se modifica la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión, siempre y cuando se realice la precisión respecto al fideicomiso de flujos.

#### H) Modificación de la Cláusula 12.4 del Contrato de Concesión

126. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 12.4 mediante la inclusión de un último párrafo:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>12.4. En todos los contratos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal deberá incluir cláusulas que contemplen lo siguiente:</p> <p>a) Incluir una sección en virtud de la cual se precise que la Caducidad de la Concesión conllevará la resolución de los respectivos contratos por ser éstos accesorios al primero.</p> <p>b) Limitar su plazo de vigencia a fin que en ningún caso exceda el plazo de la Concesión.</p> <p>c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, la APN, el REGULADOR y sus funcionarios.</p> <p>En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de los contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la Concesión.</p>	<p>12.4. En todos los contratos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal deberá incluir cláusulas que contemplen lo siguiente:</p> <p>a) Incluir una sección en virtud de la cual se precise que la Caducidad de la Concesión conllevará la resolución de los respectivos contratos por ser éstos accesorios al primero.</p> <p>b) Limitar su plazo de vigencia a fin que en ningún caso exceda el plazo de la Concesión.</p> <p>c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, la APN, el REGULADOR y sus funcionarios.</p> <p>En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de los contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la Concesión.</p> <p><b><u>La inclusión de las disposiciones contenidas en los literales a) y b) precedentes no serán aplicables a los contratos y garantías vinculadas al Endeudamiento Garantizado Permitido.</u></b></p>



127. Sobre el particular, el Concedente señala en su informe de sustento que para los Acreedores Permitidos es fundamental que sus garantías se mantengan vigentes y puedan ejecutarse incluso luego de declarada la caducidad de la concesión. Asimismo, indica que los derechos de crédito de los acreedores permitidos deben sobrevivir a la caducidad de la Concesión y que pueden extenderse más allá de la vigencia del plazo de la misma.
128. Con relación a lo establecido en la propuesta de último párrafo de la Cláusula 12.4, en opinión de estas Gerencias, las garantías aprobadas por el Estado en respaldo de las obligaciones del Concesionario deben limitarse a la vigencia de esta última, toda vez que dichas garantías se han autorizado en el marco del Contrato de Concesión. En tal sentido, no resultaría adecuado que estas sigan respaldando las obligaciones del Concesionario cuando éste ya no cuente con el derecho de la Concesión y, por tanto, no pueda explotar la misma.
129. De este modo, si se permitiese que las garantías de la Concesión excedan el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, se generaría un escenario en el cual el Acreedor Permitido, luego de concluida la Concesión, tendría el derecho de exigir al Estado la ejecución de la garantía de la Concesión, lo cual trasgrede el artículo 64 del Reglamento de la Ley de APP, el cual establece que los Acreedores Permitidos no forman parte de la relación contractual entre el Estado y el inversionista para el desarrollo de la APP.
130. En tal sentido, no se considera adecuada la exclusión del literal b) a los contratos y garantías vinculadas al EGP, en la medida que no resultaría adecuado que las garantías aprobadas por el Estado sigan respaldando las obligaciones del Concesionario cuando éste ya no cuente con el derecho de la Concesión y, por tanto, no pueda explotar la misma. Cabe indicar que la posición señalada por el Regulador guarda relación con la propuesta de modificación de la Cláusula 9.3.3.1, en la cual se señala que la ejecución de la hipoteca sobre la Concesión y/o de la garantía mobiliaria se dará siempre que se mantenga vigente la Concesión. Asimismo, es pertinente indicar que durante las reuniones de evaluación conjunta, el Regulador manifestó la misma posición en torno a la modificación de esta cláusula, por lo que la presente opinión constituye una reiteración de lo indicado anteriormente. En tal sentido, se recomienda mantener la redacción original.



**I) Modificación de la Cláusula 14.1.3 del Contrato de Concesión**

131. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar el literal o) de la Cláusula 14.1.3 en los siguientes términos:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<i>o) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del monto de Inversión Proyectada Referencial.</i>	<i>o) La aplicación de penalidades contractuales que se hubieren hecho efectivas o quedado consentidas durante la vigencia del Contrato, cuyo monto en conjunto alcance el diez por ciento (10%) del monto de <u>Inversión Referencial</u>.</i>

132. Al respecto, el Concedente señala en su Informe N° 1053-2016-MTC/25, que la modificación planteada corresponde a la subsanación de un error material, considerando que el término apropiado empleado en el Contrato de Concesión es el de Inversión Referencial y no Inversión Proyectada Referencial.
133. Estas Gerencias consideran que la propuesta de modificación es razonable, en la medida que ella corrige un error material y permite aplicar con claridad las penalidades contractuales. Sin embargo, se recomienda que se precise si el monto de inversión referencial será calculado a valores constantes o a valores corrientes, dado que esta distinción se encuentra



especificada en la definición de Inversión Referencial contenida en la Cláusula 1.29.69 del Contrato de Concesión.

**J) Modificación de la Cláusula 14.3.1.3 del Contrato de Concesión**

134. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 14.3.1.3 en los siguientes términos:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p><i>Si la Caducidad de la Concesión se produce después del inicio de la Construcción, para la determinación del VI se considerará el menor valor entre:</i></p> <p>a) <i>La sumatoria de:</i></p> <p>1) <i>El menor valor entre: (i) el monto correspondiente a los presupuestos de las aprobaciones trimestrales producto de la supervisión realizada por el REGULADOR de la ejecución de los Expedientes Técnicos correspondientes a los Bienes de la Concesión que fueron aprobados por la APN; y (ii) el valor contable del activo transferido al CONCEDENTE, previo al inicio de Explotación; y</i></p> <p>2) <i>Los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el Periodo Pre Operativo de la Etapa en análisis y otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, en que haya incurrido el CONCESIONARIO vinculados a la ejecución de la Etapa en análisis.</i></p> <p>b) <i>El monto de Inversión Referencial, en valores corrientes, por cada Etapa, de acuerdo a la Cláusula 1.29.68, más los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el Periodo Pre Operativo de la Etapa en análisis, montos del Impuesto General a las Ventas que no hayan sido reintegrados o devueltos según las Leyes y Disposiciones Aplicables de ser el caso, y otros gastos en que incurra el CONCESIONARIO derivados de la Caducidad, que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE.</i></p>	<p><i>Si la Caducidad de la Concesión se produce después del inicio de la Construcción, para la determinación de VI se considerará el menor valor entre:</i></p> <p>a) <i>La sumatoria de: <u>(i) el monto correspondiente a los presupuestos de las aprobaciones trimestrales producto de la supervisión realizada por el REGULADOR de la ejecución de los Expedientes Técnicos correspondientes a los Obras Iniciales y Obras en Función a la demanda que fueron aprobados por la APN; y (ii); Los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el Periodo Pre Operativo de la Etapa o Etapas en análisis y otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, en que haya incurrido el CONCESIONARIO vinculados a la ejecución de la Etapa o Etapas en análisis.</u></i></p> <p>b) <i><u>El valor contable del activo, transferido al Concedente correspondiente a las Obras Iniciales y Obras en Función a la demanda, previo al inicio de Explotación.</u></i></p>

135. Respecto al mecanismo de reconocimiento establecido en el Contrato de Concesión, este se basa en determinar el Valor del Intangible seleccionando el menor valor al aplicar tres criterios de cálculo distintos:



- a) El monto de las aprobaciones de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN, más los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses pre operativos y otros gastos que se encuentren en el balance general.
- b) El valor contable del activo transferido al Concedente, previa a la etapa de operación más los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses pre operativos y otros gastos que se encuentren en el balance general.
- c) El monto de Inversión Referencial, en valores corrientes, por cada Etapa, de acuerdo a la Cláusula 1.29.69, más los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el periodo pre operativo de la Etapa en análisis, montos del IGV que no hayan sido reintegrados o devueltos y otros gastos de la caducidad que estén incluidos en el balance general auditado.

136. Dado que a la fecha los Expedientes Técnicos aprobados por la APN contienen montos superiores al monto de la Inversión Referencial, la aplicación de la Cláusula 14.3.1.3 deviene siempre en que el Valor del Intangible sea igual al monto de la Inversión Referencial más todos los componentes señalados en el literal b), puesto que es el menor valor entre los señalados. En consecuencia, se estaría dejando de reconocer para el cálculo del Valor del Intangible el monto de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN, lo cual genera un desincentivo para que los Acreedores Permitidos financien el proyecto.

137. En ese sentido, las modificaciones planteadas por el Concedente, permiten calcular el Valor del Intangible como el valor mínimo de aplicar dos criterios distintos:

- a) La sumatoria las aprobaciones de la ejecución de los expedientes técnicos aprobados por la APN y gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el Periodo Pre Operativo de la Etapa o Etapas en análisis y otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado.
- b) El Valor Contable del Activo, transferido al Concedente correspondiente a las Obras Iniciales y Obras en Función de la Demanda, previo al inicio de la explotación.

138. Con la modificación propuesta se remueve el efecto negativo relacionado a la Inversión Referencial en el cálculo del Valor del Intangible, con lo cual se coadyuva a la obtención del financiamiento de las Obras por parte del Concesionario. No obstante, es oportuno indicar que esta modificación en el mecanismo de determinación del Valor del Intangible incrementa la exposición del Concedente en caso de caducidad y, por tanto, incrementan los pasivos contingentes.

139. En lo que respecta a la eliminación de la Inversión Referencial, el Concedente señala en su Informe N° 1053-2016-MTC/25, que los montos de Inversión Referencial señalados en la Cláusula 1.29.69 se encuentran desactualizados y que los correspondientes a los Expedientes Técnicos aprobados por la APN serán mayores.

140. Estas Gerencias consideran razonable sustituir la Inversión Referencial por los del Valor de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN, puesto que permite reconocer la ejecución de inversiones por un valor consistente con los montos a financiar por los acreedores permitidos, brindando de esta forma las condiciones para la bancabilidad del proyecto. Sin perjuicio de lo señalado, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas evalúe su impacto en los pasivos contingentes de la Concesión.



**K) Modificación de la Cláusula 14.3.3 del Contrato de Concesión**

141. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 14.3.3 incorporando un segundo párrafo en los siguientes términos:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>14.3.3. Una vez declarada la Caducidad bajo cualquiera de los eventos indicados en las Cláusulas del 14.1.3 al 14.1.7, el REGULADOR, en un plazo no mayor de treinta (30) Días, realizará el cálculo del monto por Caducidad a reconocer sumando el <math>V_{caducidad}</math> de cada Etapa que corresponda, de acuerdo con el procedimiento establecido en las Cláusulas 14.3.2.1 o 14.3.2.2, según corresponda, a ser reconocido por el CONCEDENTE, el mismo que será remitido al CONCEDENTE, quien deberá aprobarlo en un plazo máximo de quince (15) Días. Emitida la aprobación correspondiente, el CONCEDENTE lo pondrá en conocimiento del CONCESIONARIO, con copia al REGULADOR dentro de los cinco (5) Días Calendario siguientes.</p>	<p>14.3.3. Una vez declarada la Caducidad bajo cualquiera de los eventos indicados en las Cláusulas del 14.1.3 al 14.1.7, el REGULADOR, en un plazo no mayor de treinta (30) Días, realizará el cálculo del monto por Caducidad a reconocer sumando el <math>V_{caducidad}</math> de cada Etapa que corresponda, de acuerdo con el procedimiento establecido en las Cláusulas 14.3.2.1 o 14.3.2.2, según corresponda, a ser reconocido por el CONCEDENTE, el mismo que será remitido al CONCEDENTE, quien deberá aprobarlo en un plazo máximo de quince (15) Días. Emitida la aprobación correspondiente, el CONCEDENTE lo pondrá en conocimiento del CONCESIONARIO, con copia al REGULADOR dentro de los cinco (5) Días Calendario siguientes.</p> <p><u>Tratándose de la caducidad por incumplimiento del CONCESIONARIO, regulado en la cláusula 14.1.3, el monto por todo concepto a ser pagado por el CONCEDENTE (incluyendo Inversiones Complementarias e Inversiones Discrecionales), ascenderá al 82.5% del monto final por Caducidad calculado según lo indicado en el Numeral 14.3.7.</u></p>

142. Al respecto, en el Informe N° 1053-2016-MTC/25 se señala que en caso de caducidad por incumplimiento del Concedente, este pagará al Concesionario el 100% del Valor del Intangible; mientras que en caso de caducidad por incumplimiento del Concesionario, el Concedente pagará solo el 82,5% del Valor del Intangible. En el referido informe se argumenta que este porcentaje del Valor del Intangible, calculado mediante el algoritmo establecido en el numeral 14.3.2.2 del Contrato de Concesión, permitiría pagar el saldo de la deuda a los Acreedores Permitidos después del inicio de la construcción hasta el término del plazo de la Concesión, existiendo una ratio de cobertura del servicio de la deuda adecuada, a satisfacción de estos. Es importante mencionar que la modificación propuesta para la Cláusula 14.3.3 no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.
143. Asimismo, el Concedente argumenta que, en caso de caducidad por incumplimiento del Concedente, este último deberá compensar y pagar tanto a los Acreedores Permitidos como al Concesionario. Por otro lado, en caso de caducidad por causa del Concesionario, el Concedente no debería ser obligado a realizar pagos al Concesionario pues, en caso contrario, la causal se podría generar de manera premeditada.
144. Sin embargo, de la lectura de la modificación propuesta en la propuesta de adenda N° 1, no queda claro lo indicado por el Concedente, ya que no se especifica que el porcentaje del monto final reconocido en caso de caducidad por incumplimiento del Concesionario deba ser pagado únicamente a los Acreedores Permitidos.



145. En ese sentido, consideramos que tal como se encuentra redactada la modificación de la Cláusula 14.3.3, se deja abierta la posibilidad de que el reconocimiento en caso de caducidad por incumplimiento del Concesionario, sea realizado por el Concedente a favor del Concesionario y no a favor de los Acreedores Permitidos, tal como se indica en el informe de sustento presentado por el Concedente.
146. Asimismo, se debe mencionar que, si bien habría una mayor exposición del Estado debido a la modificación del reconocimiento de pago al Concesionario ante una eventual caducidad de la Concesión, debe precisarse que la propuesta de adenda establece que el Concesionario incrementará el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento señalada en la Cláusula 9.2.1.1 del Contrato de Concesión, con lo cual el incentivo para la salida del Concesionario del proyecto se reduciría, generando cualitativamente un alineamiento de incentivos entre el Concedente y este último.
147. En tal sentido, se considera razonable la propuesta con el objetivo de financiamiento, sin embargo, se recomienda al Concedente y al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos en los pasivos contingentes que pudiera originar la modificación del reconocimiento de pago al Concesionario.

L) **Modificación de la Cláusula 14.3.5 del Contrato de Concesión**

148. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 14.3.5, planteando el texto siguiente:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p><i>Si, contando con la aprobación de la APN, el CONCESIONARIO ejecuta en el transcurso del plazo de la Concesión, Inversiones Discrecionales que correspondan a Bienes de la Concesión, los montos de dichas inversiones se añadirán al cálculo del monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE cuando la Caducidad se produzca antes del vencimiento del plazo de la Concesión. Para tal efecto, se procederá de acuerdo a lo siguiente:</i></p> <p><i>i. Se calculará una cuota mensual equivalente para la Inversión Discrecional que corresponda, según el procedimiento señalado en el Numeral i) de la Cláusula 14.3.2.2 considerando como VIE al monto que efectivamente ha costado dicha Inversión Discrecional, debidamente aprobado por el REGULADOR y como n el número de meses entre la fecha de inicio de Explotación de dichos bienes y el final del plazo de la Concesión.</i></p> <p><i>ii. Se calculará un monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE por concepto de dicha Inversión Discrecional, según el procedimiento establecido en el Numeral ii) de la Cláusula 14.3.2.2.</i></p> <p><i>iii. Se considerará como monto final por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE al monto de <math>V_{\text{caducidad}}</math> calculado según lo señalado en el acápite 14.3.2 más el monto de las Inversiones</i></p>	<p><i>Si, contando con la aprobación de la APN, el CONCESIONARIO ejecuta en el transcurso del plazo de la Concesión, Inversiones Discrecionales que correspondan a Bienes de la Concesión, los montos de dichas inversiones se añadirán al cálculo del monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE cuando la Caducidad se produzca antes del vencimiento del plazo de la Concesión. Para tal efecto, se procederá de acuerdo a lo siguiente:</i></p> <p><i>i. Se calculará una cuota mensual equivalente para la Inversión Discrecional que corresponda, según el procedimiento señalado en el Numeral i) de la Cláusula 14.3.2.2 considerando como VIE al monto <u>asociado a dicha Inversión Discrecional</u>, debidamente aprobado por el REGULADOR y como n el número de meses entre la fecha de inicio de Explotación de dichos bienes y el final del plazo de la Concesión.</i></p> <p><i>ii. Se calculará un monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE por concepto de dicha Inversión Discrecional, según el procedimiento establecido en el Numeral ii) de la Cláusula 14.3.2.2.</i></p> <p><i><del>iii. Se considerará como monto final por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE al monto de <math>V_{\text{caducidad}}</math> calculado según lo señalado en el acápite 14.3.2 más el monto de</del></i></p>



Discrecionales que correspondan calculado en el Literal ii) precedente.

las Inversiones Discrecionales que correspondan calculado en el Literal ii) precedente.

149. Respecto de la modificación del literal i) de la Cláusula 14.3.5, el Concedente argumenta en su Informe N° 1053-2016-MTC/25, que esta corresponde a una pequeña modificación al texto original. Es importante mencionar que la modificación propuesta para la Cláusula 14.3.5 no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.
150. Al respecto, es necesario precisar que en la actualidad el Contrato de Concesión señala que el VIE de la Inversión Discrecional se calcula como el monto que efectivamente ha costado la Inversión Discrecional. La modificación propone que el cálculo se efectúe considerando el monto asociado a dicha Inversión Discrecional. Consideramos que el Ministerio de Economía y Finanzas debe evaluar si es recomendable mantener la redacción original puesto que, bajo la redacción propuesta, la expresión "monto asociado" podría dar lugar a interpretaciones subjetivas y considerar otros conceptos además del costo directo de la Inversión Discrecional, siempre y cuando puedan asociarse a dicho costo.
151. Por otro lado, con relación a la eliminación del literal iii), el Concedente señala en su Informe N° 1053-2016-MTC/25, que no afecta la incorporación de las Inversiones Discrecionales en el Monto por caducidad a ser reconocido por el Concedente (en adelante,  $V_{\text{caducidad}}$ ), puesto que este efecto se considera en la nueva Cláusula 14.3.7 de la propuesta de adenda N° 1.
152. Sobre el particular, cabe mencionar que en la propuesta de Cláusula 14.3.7 se considera como monto final de caducidad a ser reconocido por el Concedente a la suma de las Obras Obligatorias, Inversiones Complementarias e Inversiones Discrecionales. Por tal motivo, ya no sería necesario considerar un monto para Inversiones Discrecionales a ser calculado de forma separada del  $V_{\text{caducidad}}$ , en la medida que esta ya lo incluiría.
153. Por lo evaluado, se considera recomendable mantener la redacción original del literal i) de la Cláusula 14.3.5, dado que la expresión "monto asociado" podría dar lugar a interpretaciones subjetivas; mientras que la eliminación del literal iii) de la referida cláusula se encuentra razonable, puesto que el monto de las Inversiones Discrecionales ya está considerado en el monto final de caducidad a ser reconocido por el Concedente.

**M) Inclusión de la Cláusula 14.3.6 en el Contrato de Concesión**

154. La propuesta de adenda N° 1 plantea incorporar la Cláusula 14.3.6 en los siguientes términos:

**"INVERSIONES COMPLEMENTARIAS**

14.3.6 Contando con la aprobación de la APN el Concesionario ejecutará las Inversiones Complementarias ofertadas en su propuesta económica, incluida en el Anexo 15. Los montos de dichas inversiones que cuenten con Expedientes Técnicos aprobados, se añadirán al monto por Caducidad a ser reconocido por el Concedente cuando la Caducidad se produzca antes del vencimiento del plazo de la Concesión. Dicho reconocimiento respecto de las Inversiones Complementarias no será mayor al monto ofertado por el Concesionario en su propuesta económica. Para ello, se seguirá el siguiente procedimiento:

- i. Si la caducidad se produce antes de iniciada o durante la construcción pero antes del inicio de explotación de la Inversión Complementaria Correspondiente, el monto a ser reconocido por el Concedente será el Valor del Intangible de las Inversiones Complementarias ( $V_{\text{ic}}$ ), el cual será determinado, en lo que resulte aplicable, de forma equivalente a lo establecido en la cláusula 14.3.1.2 y 14.3.1.3, según corresponda, si bien



modificando las referencias a "Obras Iniciales" y "Obras en Función de la Demanda" así como a la "Etapa o Etapa en análisis" por referencias a las "Inversiones Complementarias".

- ii. Si la caducidad se produce después de iniciada la explotación, para la determinación del monto a ser reconocido por el Concedente:
  - a) Se calculará una cuota mensual equivalente para la Inversión Complementaria que corresponda, según el procedimiento señalado en el Numeral i) de la Cláusula 14.3.2.2 considerando como VIE al monto VIIC a la fecha de su respectivo inicio de explotación, y como "n", el número de meses entre la fecha de inicio de Explotación de dichos bienes y el final del plazo de la Concesión.
  - b) Se calculará un monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE por concepto de dicha Inversión Complementaria, según el procedimiento establecido en el Numeral ii) de la Cláusula 14.3.2.2.

*El cálculo del monto por caducidad a reconocer por Inversiones Complementarias será calculado y aprobado por el REGULADOR, de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente numeral. Los plazos para el cálculo, remisión y aprobación serán los mismos que se han establecido en el numeral 14.3.3."*

155. Al respecto, el Concedente señala en su Informe N° 1053-2016-MTC/25, que el Contrato de Concesión permite que el EGP financie el monto de las inversiones realizadas con la finalidad de cumplir con las Obras Iniciales, las Obras en Función a la Demanda y las Inversiones Complementarias. Señala, asimismo, que al excluir el monto de las Inversiones Complementarias como uno de los montos a tomar en cuenta para determinar el Valor del Intangible en caso de caducidad, se estaría limitando la posibilidad de que los Acreedores Permitidos obtengan el pago de los créditos utilizados para realizar las Inversiones Complementarias. Es importante mencionar que la incorporación de la Cláusula 14.3.6 no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.



156. En el referido informe se señala también que es necesario que se precise que los montos que deben tomarse en cuenta son los que serán consignados en los Expedientes Técnicos aprobados por la APN.

157. De la evaluación efectuada a la propuesta de inclusión y a la justificación presentada por el Concedente, se considera que la modificación es razonable, en la medida que facilitaría el financiamiento del componente Inversiones Complementarias del presupuesto de inversión, especialmente considerando que en el escenario actual se ejecutará un presupuesto de inversión que incluye estas últimas. De esta forma, los Acreedores Permitidos contarán con una garantía específica para los fondos otorgados para Inversiones Complementarias, lo cual se verá traducido en su respectivo Valor del Intangible. No obstante, dado que esta modificación incrementa el valor de los pasivos contingentes con relación al Contrato de Concesión original, corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos para el Estado con relación a la inclusión de las Inversiones Complementarias dentro del intangible a ser reconocido al Concesionario en los casos de caducidad de la Concesión por eventos distintos al incumplimiento del Concesionario, como es el caso por ejemplo de la caducidad por caso fortuito o fuerza mayor y por decisión unilateral del Concedente



158. Por otro lado, con relación al último párrafo de la cláusula incluida, es oportuno señalar que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 14.3.3 del Contrato de Concesión, el Regulador no aprueba el cálculo del monto por caducidad a reconocer, sino que solamente realiza el cálculo y es el Concedente quien lo aprueba. En tal sentido, atendiendo a las competencias



que ostentan el Concedente y el Regulador, no resulta adecuado establecer a través de la cláusula bajo análisis que sea OSITRAN el que calcule y apruebe el monto por caducidad a reconocer por Inversiones Complementarias, no solo porque ello no es consistente con lo previsto en la cláusula 14.3.3, sino además porque el MTC, en su calidad de parte de la relación contractual, debe ser el que apruebe el monto final que reconocerá al Concesionario por la ejecución de Inversiones Complementarias. Por, ello corresponde que en este supuesto se mantenga el mismo procedimiento previsto en el Contrato de Concesión.

159. Dado lo argumentado en los párrafos anteriores, consideramos que la propuesta de adenda resulta razonable, salvo en los aspectos referidos a la aprobación del monto por caducidad a reconocer por Inversiones Complementarias. Asimismo, dado que la modificación propuesta incrementa el valor de los pasivos contingentes con relación al Contrato de Concesión original, ella debe ser considerada por el Ministerio de Economía y Finanzas en su evaluación de pasivos contingentes.

**N) Inclusión de la Cláusula 14.3.7 en el Contrato de Concesión**

160. La propuesta de adenda N° 1 plantea incorporar la Cláusula 14.3.7 en los siguientes términos:

*"14.3.7 Se considerará como monto final por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE al monto de  $V_{caducidad}$  calculado según lo señalado en el acápite 14.3.2 que corresponda, al cual se agregará lo calculado en el Literal ii) del numeral 14.3.5 y el monto calculado en el numeral 14.3.6."*

161. Al respecto, el Concedente señala en su informe N° 1053-2016-MTC/25, que es necesaria la inclusión de la presente cláusula para efectos de consolidar los valores calculados de manera desagregada en materia de inversiones obligatorias correspondientes a cada una de las Etapas 1, 2, 3 y 4, las Inversiones Complementarias y las Inversiones Discrecionales. Señala asimismo, que la inclusión de esta cláusula da cobertura o reemplaza al texto eliminado en el literal iii) de la Cláusula 14.3.5, referido a la incorporación de las inversiones discrecionales en el cálculo del Valor del Intangible en caso de caducidad. Es importante mencionar que la modificación propuesta para la Cláusula 14.3.7 no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.

162. A partir de la evaluación de la propuesta de modificación y lo señalado por el Concedente en el precitado informe, se considera que la inclusión propuesta es razonable, en la medida que permitirá el reconocimiento del valor de las Inversiones Discrecionales en el cálculo del Valor del Intangible en caso de caducidad y de esta forma se facilitaría su financiamiento. Es necesario señalar que esta modificación estaría aumentando el valor de los pasivos contingentes. En ese sentido, de manera similar a lo indicado respecto de la Cláusula 14.3.6, corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos para el Estado con relación a la inclusión de las Inversiones Discrecionales dentro del intangible a ser reconocido al Concesionario en los casos de caducidad de la Concesión por eventos distintos al incumplimiento del Concesionario, como es el caso por ejemplo de la caducidad por caso fortuito o fuerza mayor y por decisión unilateral del Concedente

**O) Modificación de la Cláusula 14.11 del Contrato de Concesión**

163. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 14.11, la cual quedaría redactada de la manera siguiente:



Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
<p>14.11 Si el término del Contrato de Concesión se produce por mutuo acuerdo entre las Partes, éste acuerdo deberá contener el mecanismo de liquidación de la Concesión. Para este efecto, se deberá considerar el tiempo transcurrido desde la celebración del Contrato, el monto no amortizado de las inversiones, Obras e instalaciones en las áreas de terreno comprendidos en el Área de Concesión, el valor de los Bienes de la Concesión que aún falta depreciar, y las circunstancias existentes a la fecha en que las Partes toman esa decisión, como criterios para determinar el mecanismo de liquidación. No se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irroge la Caducidad de la Concesión a las Partes.</p> <p>Para el mecanismo de liquidación el CONCEDENTE deberá tener en cuenta la opinión de los Acreedores Permitidos que efectivamente se encuentren financiando la Concesión, así como la del REGULADOR, al momento de producirse el acuerdo de Caducidad.</p>	<p>14.11 <u>En el caso que el término del Contrato de Concesión se produzca por mutuo acuerdo entre las Partes, el valor de liquidación será el obtenido de acuerdo a la aplicación del procedimiento general de liquidación de la Concesión previsto en las Clausulas 14.3.2 a 14.3.4 y se abonará el pago del Valor del Intangible según lo dispuesto en el Numeral 14.3.4.</u></p>

164. En el Informe N° 1053-2016-MTC/25, el Concedente señala que el Contrato de Concesión prevé la posibilidad de que el mismo sea resuelto en cualquier momento por mutuo acuerdo escrito entre el Concesionario y el Concedente, previa opinión del Regulador (Cláusula 14.12). En dicho supuesto, según lo indicado en las Cláusulas 14.3.4 y 14.11, los Acreedores Permitidos y el Concesionario no tendrán el derecho a recibir el Valor del Intangible según lo estipulado en la Cláusula 14.3.4, sino que las Partes se pondrán de acuerdo respecto al mecanismo de liquidación.



165. Considerando lo anterior, en el informe antes mencionado se señala que, para efectos de la estructuración del financiamiento, debería establecerse un valor mínimo para la liquidación de la Concesión en un supuesto de caducidad por mutuo acuerdo. A fin de ser consecuente con las demás causales de caducidad, este valor mínimo debería ser equivalente al Valor del Intangible calculado según las disposiciones de la Cláusula 14.3 del Contrato de Concesión. También se propone que mientras exista EGP, se aplique lo dispuesto en la Cláusula 14.3.4 respecto a los procedimientos y plazos para el pago de lo que le corresponda recibir al Concesionario como consecuencia de la terminación del Contrato de Concesión por mutuo acuerdo.



166. Esta modificación se considera razonable, puesto que los Acreedores Permitidos requieren conocer de antemano los criterios que se emplearán para determinar el Valor de Liquidación en caso de darse un evento de caducidad por mutuo acuerdo. La redacción actual de esta cláusula otorga en este aspecto discrecionalidad al Concedente y el Concesionario, situación que genera incertidumbre al Acreedor Permitido respecto del monto que recibiría en caso de presente el evento señalado. Sin embargo, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas realice la evaluación sobre los pasivos contingentes que podrían generarse respecto a esta modificación.

167. Adicionalmente, se recomienda que la redacción de la Cláusula 14.11 mantenga lo referido a que no se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irroge la caducidad de la Concesión a las Partes, tal como se encuentre previsto en la cláusula vigente. Al



respecto, dado que en este caso la caducidad se generaría por acuerdo entre las Partes y que para esos efectos se aplicaría la metodología para el valor de liquidación según la propuesta de adenda, no resulta adecuado que como consecuencia de una caducidad por acuerdo entre el Concesionario y el Concedente, se reconozcan al Concesionario montos adicionales a los que ya se encuentran contemplados en la referida liquidación. En ese sentido, si se llegase a retirar del Contrato de Concesión la previsión de que no se reconocerá monto indemnizatorio adicional al que ya se reconoce por la caducidad de la concesión por acuerdo de partes, el Estado quedaría expuesto a que el Concesionario pudiese reclamar sumas adicionales a las que ya se reconocen vía valor de liquidación, lo cual ciertamente incrementa el riesgo del Estado.

168. En consecuencia, si bien la modificación propuesta para la Cláusula 14.11 se considera adecuada, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas realice la evaluación del impacto que se generaría sobre los pasivos contingentes.

**P) Modificación de la Cláusula 17.13 del Contrato de Concesión**

169. La propuesta de adenda N° 1 plantea modificar la Cláusula 17.13 en el siguiente sentido:

Contrato de Concesión	Propuesta de Adenda N° 1
17.13 En caso la Suspensión de Obligaciones a que se refieren los literales a) y b) de la Cláusula 17.1, se extienda por más de noventa (90) Días Calendario, contados desde la respectiva declaración, cualquiera de las Partes podrá invocar la Caducidad de la Concesión, la misma que se regirá por las reglas de la Sección XIV.	17.13 En caso la Suspensión de Obligaciones a que se refiere el <b>literal b)</b> de la Cláusula 17.1 se extienda por más de noventa (90) Días Calendario, contados desde la respectiva declaración, cualquiera de las Partes podrá invocar la Caducidad de la Concesión, la misma que se regirá por las reglas de la Sección XIV.

170. Sobre el particular, el Concedente ha señalado en su informe que el Contrato de Concesión regula la posibilidad de que el mismo sea resuelto por supuestos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito tanto en la Cláusula 14.1.6 como en la Sección XVII. Asimismo, precisó que la regulación establecida en dichas cláusulas resulta confusa y hasta contradictoria en lo que se refiere al plazo que debe subsistir el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito para que las partes puedan invocar la caducidad de la Concesión. Esto debido a que, por un lado, en la Cláusula 14.1.6 se hace alusión a que el evento deberá impedir a alguna de las partes cumplir con las obligaciones a su cargo o causar incumplimiento parcial, tardío o defectuoso durante un plazo superior a seis (06) meses continuos; mientras que, por otro lado, en la Cláusula 17.13 se establece que el plazo por el cual debe subsistir el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito a fin de que alguna de las Partes pueda invocar la caducidad, debe ser de noventa (90) días calendario.

171. En ese sentido, la propuesta de modificación planteada por las Partes en esta cláusula elimina la discordancia existente en las cláusulas comentadas respecto al plazo necesario para que cualquiera de las Partes pueda invocar la caducidad de la Concesión por Caso Fortuito o Fuerza Mayor; por lo que consideramos que dicha modificación es correcta. Cabe indicar que esta propuesta de modificación no altera ni cambia las condiciones previstas en la Cláusula 14.1.6 que son necesarias para que las Partes puedan solicitar la resolución del Contrato por eventos de Fuerza Mayor o caso fortuito, las mismas que permanecen inalterables.



Q) **Inclusión del Anexo 11-A en el Contrato de Concesión**

172. La propuesta de adenda plantea incluir el Anexo 11-A al Contrato de Concesión, en los siguientes términos:

**"Anexo 11-A  
MODELO DE DECLARACIÓN DEL ACREEDOR PERMITIDO**

Lima, \_\_\_ de \_\_\_ de 20\_\_

Señores  
Ministerio de transportes y Comunicaciones  
Av. Zorritos 1203 – Cercado de Lima  
Lima 1, Lima -Perú  
Presente.-

Acreedor Permitido: \_\_\_\_\_

Referencia: Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco

De acuerdo con lo previsto en la Cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, declaramos lo siguiente:

- a) Que \_\_\_\_\_ no nos encontramos sujetos a impedimentos ni restricciones (por vía contractual, judicial, arbitral, administrativa, legislativa u otra) para asumir y cumplir con el compromiso de financiar a \_\_\_\_\_ (CONCESIONARIO) hasta por el monto de \_\_\_\_\_ a efectos de que este esté en óptimas condiciones para cumplir con las obligaciones que le correspondan conforme al Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.
- b) Por medio de la presente confirmamos que nuestros órganos internos competentes de han aprobado nuestra participación en un financiamiento hasta por el monto de \_\_\_\_\_ a favor de \_\_\_\_\_ (CONCESIONARIO), el mismo que [deberá ser / ha sido] destinado a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.
- c) Que cumplimos con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, así como todos aquellos exigidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables, para calificar como Acreedor Permitido, de conformidad con los términos que el Contrato de Concesión asigna a esta definición.
- d) Que el financiamiento señalado en el literal b) anterior se llevará a cabo, entre otros, de acuerdo con las disposiciones del contrato denominado \_\_\_\_\_ que [se suscribirá/se ha suscrito] entre el \_\_\_\_\_ (CONCESIONARIO) y \_\_\_\_\_ (Acreedor Permitido), entre otros.

Atentamente,

Firma: \_\_\_\_\_

Nombre: \_\_\_\_\_"

173. Sobre el particular, las partes han acordado incluir el Anexo 11-A al Contrato de Concesión, entendiéndose que el mismo hace referencia a una operación de préstamo o préstamo sindicado. Es importante mencionar que la incorporación del Anexo 11-A no ha sido discutida en las reuniones de evaluación conjunta, sino que corresponde a un acuerdo posterior entre las Partes informado solo mediante Oficio N° 4310-2016-MTC/25.

174. Al respecto, consideramos que la inclusión del Anexo 11-A resulta adecuada. Si bien el Anexo 11 del Contrato de Concesión está orientado a calificar como Acreedor Permitido al



representante de los obligacionistas en una operación de emisión de valores mobiliarios, o al prestamista en una operación de préstamo; el Anexo 11- A propuesto posee una redacción específica para un préstamo, permitiendo una lectura enfocada solamente a este tipo de operaciones, evitando que sea llenado de manera errónea al momento de su presentación.

175. A modo de comentario, debe indicarse que la redacción del literal d) en el Anexo 11-A, respecto a si el contrato de financiamiento "se ha suscrito" a la presentación del referido anexo; no implica que el contrato de financiamiento ya firmado no pueda ser materia de modificación durante el proceso de evaluación del EGP que realiza el Regulador y/o el Concedente.
176. En tal sentido, consideramos que la inclusión del Anexo 11-A es adecuada, porque se alinea a las precisiones realizadas a la definición de Acreedores Permitidos, por cuanto dicho Anexo puede ser presentado al Concedente en una operación de préstamo sindicado, y no genera modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contratado de Concesión.

## V. CONCLUSIONES

1. La solicitud de opinión técnica respecto de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín - Pisco cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en dicho contrato y en la normatividad vigente. La adenda propone, en su cláusula tercera, la modificación de las Cláusulas 1.29.1, 3.3 (b)(i), 3.3. (b)(ii), 6.32, 8.25, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3(0), 14.3.1.3, 14.3.3, 14.3.5, 14.11 y 17.13 del Contrato de Concesión, así como la inclusión en el referido contrato de las Cláusulas 14.3.6 y 14.3.7 y el Anexo 11-A.
2. Respecto a la modificación a la **Cláusula 1.29.1** del Contrato de Concesión, la propuesta de adenda propone modificar la definición de Acreedores Permitidos a efectos de no circunscribir la elección de un Agente Administrativo y/o Agente de Garantías a los prestamistas, permitiendo considerar a otros agentes incluidos en los numerales (i) a (vi) de dicha definición. Asimismo, la propuesta de modificación considera la presentación del Anexo 11-A por parte de Acreedores Permitidos para su acreditación como tales y que la cesión de su posición contractual sea a otro acreedor que previamente sea calificado como Acreedor Permitido por el Concedente. Las modificaciones propuestas se consideran adecuadas en la medida que no generan modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión y se sugiere lo siguiente:
  - a) Precisar que las funciones de los Agentes de Administración y/o Agentes de Garantías se realizarán en el marco de un EGP en representación de los Acreedores Permitidos.
  - b) Precisar que el nuevo Acreedor Permitido debe cumplir con alguno de los numerales del (i) al (v) de la definición de la Cláusula 1.29.1
3. En relación a la modificación a la **Cláusula 3.3 (b)(i)** del Contrato de Concesión, la redacción original de la Cláusula 3.3 (b)(i) ya excluye en los estatutos a las transferencias de acciones realizadas como consecuencia de la ejecución de garantías mobiliarias de acuerdo con lo indicado en la Sección IX del Contrato de Concesión. Por tal motivo, la modificación propuesta se considera adecuada, en la medida que constituye una precisión a la redacción original de la referida cláusula y no altera la distribución de riesgos del Contrato de Concesión.
4. La modificación propuesta a la **Cláusula 3.3 (b)(ii)** del Contrato de Concesión corresponde a una precisión en el caso de que los Acreedores Permitidos ejerzan su derecho de ejecución



de las garantías mobiliarias sobre las acciones que no corresponden a la participación mínima, lo cual se considera adecuado en tanto no genera modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión.

5. Con relación a la modificación a la **Cláusula 6.32** del Contrato de Concesión, resulta coherente que se precise que el Concesionario cuenta con los fondos para financiar el adelanto de obras correspondientes a las Etapas 1, 2, 3 y 4. Cabe precisar que la modificación propuesta no generaría una alteración de riesgos en el Contrato de Concesión, dado que se mantienen las Garantías de Fiel Cumplimiento sobre la Concesión y durante la etapa de ejecución de Obras.
6. La modificación propuesta a la **Cláusula 8.25** del Contrato de Concesión se considera conveniente, en la medida que es acorde con lo establecido en otros contratos de concesión del sector portuario y permitirá la incorporación de inversiones en la prestación de servicios en el terminal y la consecuente presencia de ganancias de eficiencia.
7. En relación a la modificación a la **Cláusula 9.2.1.1** del Contrato de Concesión, la actualización de la Garantía de Fiel Cumplimiento considerando los valores del estudio aprobado por la APN respecto a las Obras Iniciales y las Obras en Función a la Demanda resulta adecuada por cuanto se reconoce el valor de la inversión a realizar por parte del Concesionario a efectos de determinar el monto de dicha garantía de Fiel Cumplimiento. No obstante, debe precisarse que el valor a ser considerado como base de cálculo corresponde al presupuesto contenido en el Expediente Técnico o sus modificatorias, una vez que estos hayan sido aprobados por la APN. Es importante mencionar que lo anterior no altera la estructura de asignación de riesgo del Contrato de Concesión.
8. Respecto a la modificación a la **Cláusula 9.3.3.1** del Contrato de Concesión, el hecho que el Acreedor Permitido solicite que se precise que se mantendrá un fideicomiso de flujos aún en un escenario de intervención resulta coherente con los esquemas de financiamiento en otras concesiones y con la propia Cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión. Asimismo, la modificación propuesta en este externo no genera modificación en la estructura de asignación de riesgos contemplada en el marco del Contrato de Concesión. En tal sentido, consideramos adecuada la modificación propuesta. No obstante, se sugiere precisar que dicho fideicomiso corresponde al fideicomiso sobre los ingresos de la Concesión al que se refiere la Cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión.
9. La modificación de la **Cláusula 12.4** del Contrato de Concesión considera que las disposiciones contenidas en los literales a) y b) no serán aplicables a los contratos y garantías vinculadas al Endeudamiento Garantizado Permitido. Al respecto, no consideramos conveniente la modificación propuesta, por cuanto no resultaría adecuado que las garantías aprobadas por el Estado sigan respaldando las obligaciones del Concesionario cuando éste ya no cuente con el derecho de la Concesión y, por tanto, no pueda explotar la misma. En tal sentido, recomendamos mantener la redacción original de la cláusula.
10. Respecto a la propuesta de modificación del **literal o) de la Cláusula 14.1.3** del Contrato de Concesión se encuentra razonable, identificándose que corresponde a la corrección de un error material y permite aplicar con claridad las penalidades contractuales. Sin embargo, se recomienda que se precise si el monto de Inversión Referencial será calculado a valores constantes o a valores corrientes, considerando la distinción se encuentra especificada en la Cláusula 1.29.69
11. La propuesta de modificación de la **Cláusula 14.3.1.3** del Contrato de Concesión se considera razonable en tanto permite calcular el Valor del Intangible considerando el valor actualizado



de las inversiones, esto es, los montos de los expedientes técnicos aprobados por la APN con lo que se facilita la bancabilidad del proyecto. Sin embargo, en la medida que existe una actualización de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas evalúe su impacto en los pasivos contingentes de la Concesión.

12. Con relación a la propuesta de modificar la **Cláusula 14.3.3** del Contrato de Concesión, se considera razonable establecer porcentajes diferenciados del valor de liquidación cuando la caducidad se da por causa del Concedente (100%) y cuando se da a causa del Concesionario (82,5%). No obstante lo anterior, se observa que:
  - a) La propuesta de modificación deja abierta la posibilidad de que el reconocimiento en caso de caducidad por incumplimiento del Concesionario, sea realizado por el Concedente a favor del Concesionario y no a favor de los Acreedores Permitidos, tal como se indica en el informe de sustento presentado por el Concedente.
  - b) Es importante precisar que la modificación propuesta debe ser evaluada por el Ministerio de Economía y Finanzas, a efectos de cuantificar los pasivos contingentes que se generarían, considerando la actualización del Expediente Técnico aprobado por la APN.

Adicionalmente, es importante notar que si bien habría una mayor exposición del Estado debido a la modificación del reconocimiento de pago al Concesionario ante una eventual caducidad de la Concesión, la propuesta de adenda establece que el Concesionario incrementará el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento señalada en la Cláusula 9.2.1.1 del Contrato de Concesión, con lo cual el incentivo para la salida del Concesionario del proyecto se reduciría, generando cualitativamente un alineamiento de incentivos entre el Concedente y este último. En tal sentido, se considera razonable la propuesta con el objetivo de financiamiento, sin embargo, se recomienda al Concedente y al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos en los pasivos contingentes que pudiera originar la modificación del reconocimiento de pago al Concesionario.

- 
13. Respecto a la propuesta de modificación de la **Cláusula 14.3.5** del Contrato de Concesión, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas evalúe la conveniencia de mantener la redacción original del literal i), dado que la expresión "monto asociado" podría dar lugar a interpretaciones subjetivas que podrían incidir en el monto del Valor del Intangible en caso de caducidad. Por otro lado, la eliminación del literal iii) sí se encuentra razonable, puesto que el monto de las Inversiones Discrecionales ya está considerado en el monto final de caducidad a ser reconocido por el Concedente.

- 
14. La propuesta de incorporación de la **Cláusula 14.3.6** del Contrato de Concesión se considera razonable, salvo en los aspectos referidos a la aprobación del monto por caducidad a reconocer por Inversiones Complementarias. Asimismo, dado que esta modificación incrementa el valor de los pasivos contingentes con relación al Contrato de Concesión original, corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos para el Estado con relación a la inclusión de las Inversiones Complementarias dentro del intangible a ser reconocido al Concesionario en los casos de caducidad de la Concesión por eventos distintos al incumplimiento del Concesionario, como es el caso por ejemplo de la caducidad por caso fortuito o fuerza mayor y por decisión unilateral del Concedente.

15. Respecto a la propuesta de incorporación de la **Cláusula 14.3.7** del Contrato de Concesión sobre la modificación del monto final de caducidad a ser reconocido por el Concedente, se considera que la inclusión propuesta es razonable en la medida que permitirá el reconocimiento del valor de las Inversiones Discrecionales en el cálculo del Valor del



Intangible en caso de caducidad y de esta forma se facilitaría su financiamiento. Es necesario señalar, además, que con esta modificación aumentaría el valor de los pasivos contingentes, por lo que corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas evaluar los efectos para el Estado con relación a la inclusión de las Inversiones Discrecionales dentro del intangible a ser reconocido al Concesionario en los casos de caducidad de la Concesión por eventos distintos al incumplimiento del Concesionario, como es el caso por ejemplo de la caducidad por caso fortuito o fuerza mayor y por decisión unilateral del Concedente.

16. Respecto a la propuesta de modificación de la **Cláusula 14.11** del Contrato de Concesión se considera razonable, puesto que los Acreedores Permitidos requieren conocer de antemano los criterios a emplear para la determinación del Valor de Liquidación en caso de caducidad por mutuo acuerdo. Sin embargo, se recomienda que el Ministerio de Economía y Finanzas realice la evaluación sobre los pasivos contingentes que podrían generarse respecto a esta modificación. Adicionalmente, se recomienda que la redacción de la Cláusula 14.11 mantenga lo referido a que no se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irroge la caducidad de la Concesión a las Partes, toda vez que no resulta adecuado que como consecuencia de una caducidad por acuerdo entre las Partes, se reconozcan al Concesionario montos adicionales a los que ya se encuentran contemplados en el valor de liquidación.
17. La propuesta de modificación de la **Cláusula 17.13** del Contrato de Concesión se considera adecuada en la medida que elimina la discordancia existente en las cláusulas comentadas respecto al plazo necesario para que cualquiera de las Partes pueda invocar la caducidad de la Concesión por Caso Fortuito o Fuerza Mayor.
18. Finalmente, respecto a la inclusión del **Anexo 11-A** del Contrato de Concesión, consideramos que esta resulta adecuada, en tanto se alinea a las precisiones realizadas a la definición de Acreedores Permitidos, permitiendo que sea presentado por los Acreedores Permitidos al Concedente, en el marco de un Préstamo Sindicado.

## VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, que contiene la opinión técnica requerida por el Concedente respecto de la propuesta de adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín - Pisco. Dicha opinión técnica es favorable sujeto al levantamiento de las observaciones y recomendaciones señaladas en el presente Informe, referidas a las modificaciones propuestas a las Cláusulas 1.29.1, 9.2.1.1, 9.3.3.1, 12.4, 14.1.3, 14.3.5, 14.3.6 y 14.11 y a la incorporación de la Cláusula 14.3.6.

Atentamente,

  
**MANUEL CARRILLO BARNUEVO**  
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

  
**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

  
**VANESSA JUÁREZ MORALES**  
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

**OSITRAN**  
**GERENCIA GENERAL**

PROVEIDO N° : 3221-2016-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 14/11/16





Faint, illegible text or markings located in the bottom-left corner of the page.