



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

CARGO

Lima, 27 de enero de 2010

OFICIO CIRCULAR N° 003-10-SCD-OSITRAN

Señor
GERARDO PÉREZ DELGADO
Gerente General
AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL - APN
Av. Santa Rosa N° 135 – La Perla
Callao.-



Asunto : Modificación de cláusulas y anexos del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Referencia : Oficio N° 46-2010-MTC/25

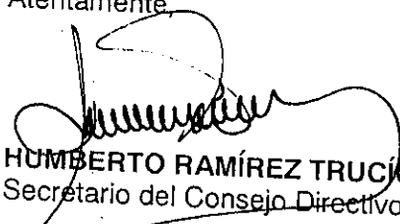
De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle que en Sesión de Consejo Directivo N° 337-09-CD-OSITRAN, de fecha 20 de enero de 2010, se aprobó el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1237-337-10-CD-OSITRAN, el cual aprueba la opinión técnica de OSITRAN, contenida en el Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, con relación a la solicitud de adenda presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Autoridad Portuaria Nacional, a propuesta de la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L., para la modificación de cláusulas y anexos del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1237-337-10-CD-OSITRAN, así como también copia del Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente


HUMBERTO RAMÍREZ TRUCÍOS
Secretario del Consejo Directivo

Adj.: Lo indicado

Gvz
Reg. Sal. SCD N° 1751-10
HR. 832-10
HR. 22495-09

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Modificación de cláusulas y anexos del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

ACUERDO N° 1237-337-10-CD-OSITRAN

de fecha 20 de enero de 2010

Vistos el Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, y según lo informado por el Gerente General (e); el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1. del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917; el artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, inciso d) del artículo 32° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM; así como las funciones que otorga a OSITRAN el Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas y su Reglamento; así como lo dispuesto en el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar la Opinión Técnica de OSITRAN, contenida en el Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, con relación a la solicitud de adenda presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Autoridad Portuaria Nacional, a propuesta de la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L., para la modificación de cláusulas y Anexos del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.
- b) Dicho informe tiene carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, que establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria a la Ley.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN, a la empresa DP World Callao S.R.L. así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente y a la Autoridad Portuaria Nacional.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Certifico que la fotocopia es fiel reproducción
original que he tenido a la vista.

Fecha

27 ENE. 2010

Dña. XIMENA VELIZ POBLETE
FEDATARIA
Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



OSITRAN
GERENCIA GENERAL

20 ENE. 2010

RECEBIDO

Firma..... Hora.....

INFORME N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN

A: **Carlos Alberto Aguilar Meza**
Gerente General (e)

Asunto: Opinión sobre la modificación del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

Fecha: 18 de enero de 2010

I. ANTECEDENTES

1. El 09 de noviembre de 2009, mediante carta GG.DPWC.111.09, DP World Callao presenta a OSITRAN, un escrito solicitando la modificación del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur. Al respecto, el Concesionario propone:

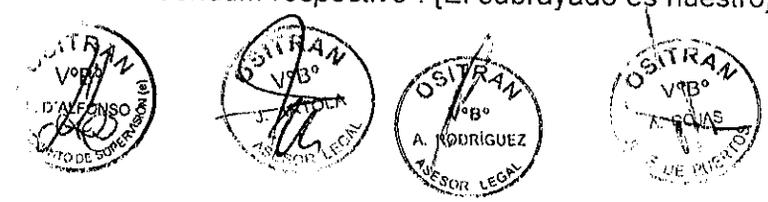
- o Modificación de la denominación social del Concesionario
- o Incorporación de la optimización y modificación del Expediente Técnico.
- o Modificación del numeral 6.6 del Contrato de Concesión.
- o Modificación del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión.
- o Modificación de la obligación relativa a la inversión en el Componente Nacional.

2. El 18 de noviembre de 2009, mediante carta GG. DPWC.118.09, DP World Callao solicita a OSITRAN se suspenda la evaluación de su propuesta mientras continúen las negociaciones con el Concedente.

3. El 25 de noviembre de 2009, mediante carta GG.DPWC.121.09, DP World, remite una nueva propuesta de adenda al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Callao – Zona Sur, la misma que complementaba la propuesta inicial que fuera remitida mediante comunicación GG.DPWC.111.09 y cuya evaluación fue suspendida a solicitud del Concesionario mediante comunicación GG.DPWC.118.09.

4. Mediante Oficio N° 122-09-GRE-OSITRAN del 27 de noviembre de 2009, la Gerencia de Regulación de OSITRAN comunicó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) que, conforme al marco legal y contractual vigente, corresponde al Concedente requerir al Organismo Regulador la emisión de la opinión pertinente, lo que implica la revisión de la propuesta de la empresa Concesionaria.

5. Mediante Oficio N° 004-2010-ASP/N/GG de fecha 6 de enero de 2010, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) remite al MTC copia del Informe Técnico Legal del Adendum N° 1 del Contrato de Concesión elaborado por la Dirección de Planeamiento y Estudios Económicos, Dirección Técnica y Unidad de Asesoría Legal de la APN, en el cual concluyen que "...la propuesta de modificación del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur presentada por el Concesionario, **resulta viable legal y técnicamente**, por lo que se sugiere aprobar la solicitud y suscribir el addendum respectivo". [El subrayado es nuestro]



6. Mediante Oficio N° 46-2010-MTC/25 del 12 de enero de 2010, el Director General de la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC hace suyo el Informe Técnico Legal del Adendum N° 1 del Contrato de Concesión elaborado por la APN, requiriendo a dicha entidad tramite "... dicha modificación contractual, solicitando al OSITRAN la emisión de la opinión técnica respectiva".
7. El 13 de enero de 2010, mediante Oficio N° 0073-2010-APN/GG, la APN remite a OSITRAN, por instrucción del MTC copia del "Informe Técnico Legal del Addendum N°1 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao" del 05 de enero de 2010.

II. OBJETIVO

8. Emitir Opinión Técnica con relación a la solicitud de adenda presentada por el MTC, a través de la Autoridad Portuaria Nacional, a propuesta de DP World Callao SRL., para la modificación de las Cláusulas y Anexos pertinentes del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

III. ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL

9. El inciso d) del artículo 32° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM¹, establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente.
10. Sobre el particular, el artículo 33° de la referida norma prevé que las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
 - a) la naturaleza de la concesión;
 - b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
 - c) el equilibrio financiero para ambas partes.
11. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual, deberá respetar, en lo posible, los parámetros antes descritos.
12. Ahora bien, el inciso f) del artículo 30° del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 060-96-PCM², establece que son atribuciones de los sectores y/u Organismos del Estado modificar el Contrato de Concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.
13. En tal sentido, corresponde al Concedente, en cumplimiento del artículo antes citado, ejercer su atribución de modificar el Contrato de Concesión, cumpliendo con los requisitos antes descritos.

¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de diciembre de 1996.

² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 28 de diciembre de 1996.



14. De otro lado, el artículo 37° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM3, prevé lo siguiente:

"Artículo 37.- Opinión 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 a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

En ese mismo sentido el OSITRAN deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para tal efecto el OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

15. Cabe resaltar que, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión"(en adelante, Lineamientos sobre Propuestas de Modificación y Reconversión); que en el Numeral 6.2 señala lo siguiente:

"6.2. Modificaciones

OSITRAN emitirá la opinión técnica a que se refiere el inciso f) del Artículo 7.1 de la Ley N° 26917 y el Artículo 34° del D.S. N° 010 – 2001 – PCM, en todos los casos en que se solicite una modificación del Contrato de Concesión.

Sin embargo, en el caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión de OSITRAN 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.

Una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos (que afecten) significativamente la ecuación económica del contrato.

Una modificación es no sustancial cuando su objeto sea corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio de la ecuación económico-financiera del mismo. Este tipo de solicitudes sólo requieren que se acredite el o los elementos no sustanciales que deben ser modificados con el objeto que el contrato goce de mayor claridad.

A manera de ejemplo, constituyen modificaciones sustanciales de un Contrato de Concesión la alteración del equilibrio económico y financiero del contrato, la ampliación de su plazo de vigencia cuando la misma deba ser aprobada por el Concedente y sobre la base de una evaluación que vaya más allá de la simple

Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el día 27 de julio de 2006.



constatación del cumplimiento contractual del Concesionario, la modificación del régimen tarifario que el contrato establece, los cambios en el plan de inversiones a cargo del Concesionario, los supuestos de fusión que no afectan la naturaleza de las prestaciones involucradas en el contrato de concesión, entre otros.

Los principales factores que pueden propiciar las modificaciones sustanciales son los siguientes:

- a) La ruptura del equilibrio económico por razones no previsibles y no atribuibles al Concesionario, debidamente sustentado.
- b) La acreditación del mantenimiento del interés público que sustenta la concesión, por el Estado.
- c) Facilitar a la Sociedad Concesionaria la obtención del Endeudamiento Garantizado Permitido.
- d) 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 Suscripción del Contrato.
- e) La acreditación de permisibilidad expresa de modificación por el propio Contrato de Concesión.

Pueden propiciar las modificaciones de contratos, entre otras, las siguientes situaciones: cambios en la estructura del mercado, cambios tecnológicos, cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable, o hechos y actos del Estado. Es decir situaciones que hagan necesario restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión o mantener el interés público de la misma, sobre la base de la evaluación de la asignación de riesgos dispuesta por el propio Contrato de Concesión.

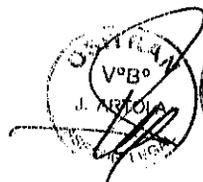
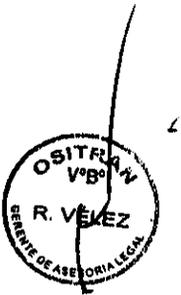
Las solicitudes de modificación pueden ser presentadas por el Concesionario o el Concedente. Asimismo, cuando se determine que existen fallas en el diseño del Contrato de Concesión que produzcan distorsiones o ineficiencias en el funcionamiento de los mercados de explotación de infraestructura de transporte de uso público, OSITRAN podrá de manera pro-activa, recomendar a las partes modificaciones en los Contratos de Concesión."

16. Por su parte, la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión suscrito entre las Partes, prevé lo siguiente:

"Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente contrato deberá ser presentada al Regulador con copia para la otra parte, con el debido sustento. El Concedente o el Concesionario resolverán la solicitud contando con la opinión del Regulador. El acuerdo de modificación será obligatorio para las partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las partes.

De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

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 y con la opinión previa del Regulador siempre que ello sea necesario y este debidamente sustentado, para:



- i) Que el Concesionario pueda obtener el endeudamiento garantizado permitido; o,
- ii) Que este relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los acreedores permitidos, de acuerdo a lo previsto en la sección X de este contrato; o,
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prorrogas y que las partes no puedan razonablemente conocer o prever en la fecha de suscripción del Contrato.
- iv) Restablecer el equilibrio económico financiero, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 8.21 y 8.22."

a) La función de OSITRAN de emitir opinión técnica en casos de modificación de los Contratos de Concesión

17. El inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁴, otorga al Regulador la función específica de emitir opinión técnica sobre la renegociación o revisión de los Contratos de Concesión. En este mismo sentido, el artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN prevé que el Regulador deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma.

18. El Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, su Reglamento General, así como el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁵, establecen la obligación del Regulador de emitir opinión sobre la modificación de los Contratos de Concesión.

19. Como puede advertirse, el marco legal vigente establece que corresponde al Regulador, emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.

20. Ahora bien, a nivel regulatorio, los *Lineamientos sobre Propuestas de Modificación y Reconversión*, establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión. Sobre el particular, el numeral 6.2 prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial⁶, la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los

Ley N° 26917.-

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión.

En caso ésta sea procedente, elaborará un informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

(...)"

Como veremos más adelante.

Una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos que alteran la ecuación económica del Contrato, entendiéndose como equilibrio económico, conforme a los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones Sobre Propuestas de Modificación y reconversión de Contratos de Concesión".

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora.

21. Corresponde precisar que en el presente Informe, no se emite opinión técnica respecto de las obras que hubiere efectuado el Concesionario durante la fase de construcción del proyecto y que eventualmente no fueron aprobadas por la APN antes de la suscripción de la presente adenda.

b) De la aplicabilidad del marco legal de Asociaciones Público Privadas al Contrato de Concesión

22. El 13 de mayo de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's).

23. Conforme a lo señalado por el Artículo 1° de dicha norma, el objeto del mencionado Decreto Legislativo es establecer los **"... principios, procesos y atribuciones del Sector Público para la evaluación, implementación y operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con participación del sector privado, así como establecer el marco general aplicable a las iniciativas privadas."**

24. Asimismo, el Artículo 4° del mencionado Decreto Legislativo establece que las Asociaciones Público - Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- "a. Autosostenible: aquella que satisfaga las siguientes condiciones:
- i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
 - ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- b. Cofinanciada: aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos."

25. Al respecto, teniendo en consideración que:

- (i) Conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión el termino leyes aplicables **"significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental."** (Cláusula Primera)
- (ii) La Cláusula 24.2 del Contrato de Concesión, al establecer la Ley Aplicable, precisa que dicho acto jurídico **"... está sometido a las leyes de la República del Perú..."**

Conforme a lo establecido por la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, el Concesionario se compromete a pagar al Concedente una Retribución ascendente al 3% de los ingresos brutos mensuales que obtenga el Concesionario por la prestación de los servicios, a partir del inicio de la explotación hasta el termino de la Concesión.



26. Queda claro que al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores – Muelle Sur, le resulta de aplicación el Decreto Legislativo N° 1012, siendo dicho acto jurídico acordado comúnmente como un tipo de Asociación Público – Privada Autosostenible, considerando que en el Contrato de Concesión se tiene previsto que el Concesionario está obligado al pago de una Retribución a favor del Estado.
27. De otro lado, el 09 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de APP's).
28. El Artículo 2° de dicha norma señala que toda referencia a Entidades en dicho texto legal, se entenderá referida a todas las Entidades que componen el Sector Público No Financiero, entre los cuales se encuentra el MTC.
29. En lo que respecta al procedimiento de renegociación de los Contratos, el Artículo 9° del mencionado Reglamento, modificado mediante Decreto Supremo N° 144-2009-EF, señala lo siguiente:

Artículo 9°.- Procedimiento y causales de renegociación del contrato de Asociación Público – Privada

Establecer que, durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de Asociación Público- Privadas, los sectores competentes sólo podrán suscribir addendas a los referidos contratos, siempre que se trate de la corrección de errores materiales; de requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato de concesión; o, se sustente la necesidad de adelantar el programa de inversiones con cargo a la retribución prevista en el contrato a favor del Estado y dicha modificación no implique un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumenten los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la concesión; las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes.

Para efectos de tramitar cualquier solicitud de modificación contractual, se requerirá la opinión previa del Organismo Regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías. Las opiniones deberán ser requeridas en forma simultánea a las diferentes entidades, entendiéndose por ello que sean solicitadas con un desfase no mayor a dos (2) días hábiles. Las opiniones deberán ser emitidas en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la recepción de la solicitadas de opinión, luego del cual se considerarán favorables.

Luego de transcurrido el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, si la addenda propuesta desvirtúa el objeto del proyecto original o involucre un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto de Asociación Público-Privada, la Entidad – siempre que la naturaleza del proyecto lo permita – evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una addenda al contrato.

[El subrayado es nuestro]

30. En ese sentido, consideramos que el procedimiento de solicitud de addenda al Contrato de Concesión, deberá efectuarse de la siguiente manera:



- (i) Deberán haber transcurrido cuando menos 3 años desde la fecha de suscripción del contrato⁷.
- (ii) El requerimiento de emisión de opinión del Regulador, deberá ser efectuado por el Concedente; ello, en virtud de lo establecido por el último párrafo del citado Artículo 9º del Reglamento de la Ley Marco de APP's, en donde se hace referencia a que si la Entidad (es decir, el MTC, conforme a lo dispuesto por el Artículo 2º del mencionado Reglamento) considera que a través de la RENEGOCIACIÓN se desvirtúa el objeto del proyecto original recogido en el Contrato, ya no requerirá opinión previa del Regulador, ni del Ministerio de Economía y Finanzas, de ser el caso, sino que "...evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una adenda al contrato".

Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el mencionado Reglamento modifica la forma en que OSITRAN ha tramitado los procedimientos de adenda de los contratos de concesión, por lo menos cuando se trata de RENEGOCIACIONES O RECONVERSIONES, pues conforme a los *Lineamientos sobre Propuestas de Modificación y Reversión* cualquiera de las partes podía solicitar a OSITRAN la tramitación de la modificación o reversión del Contrato.

Ahora bien, con la dación del Reglamento de la Ley Marco de APP's, se ha establecido que la emisión de opinión del Regulador es fruto de un REQUERIMIENTO, no de una solicitud, hecho que guarda concordancia con lo establecido por el Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte, norma que señala que es función de OSITRAN proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo **requiera**⁸.

- (iii) El Ministerio de Transportes y Comunicaciones evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una adenda en caso la propuesta:
 - a. Desvirtúe el objeto del proyecto original, o,
 - b. Involucre un monto adicional que supere el 15% del costo total del proyecto de APP.

31. En consecuencia, siendo de competencia del Regulador el verificar el cumplimiento de los requisitos indicados en los puntos (i) y (ii) del párrafo precedente, conforme a lo dispuesto por el Art. 9º del Reglamento de la Ley Marco de APP's, somos de la opinión que en el presente caso se han cumplido los requisitos de admisibilidad para la tramitación de la presente solicitud de adenda.

⁷ Salvo las excepciones expresamente señaladas en dicha norma.

⁸ Ley N° 26917

"Artículo 7.º-

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

i) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la modificación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

ii) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo requiera."



IV. ANÁLISIS TÉCNICO

32. El Concesionario propone:

TERCERA: INCORPORACIÓN DE LA OPTIMIZACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

El CONCEDENTE y el CONCESIONARIO acuerdan modificar el Apéndice 7 y Anexos del Expediente Técnico del Contrato de Concesión.

En virtud de ello, el plazo para culminar las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores-Zona Sur conforme el Expediente Técnico será de veintisiete (27) meses contados a partir del inicio de la Construcción.

Si el CONCESIONARIO desarrollara la infraestructura adicional al que se refiere el literal e) del numeral 14 de la cláusula primera del presente addendum podrá solicitar la ampliación o prórroga del plazo referido en el párrafo anterior hasta por cuatro (4) meses adicionales, para lo cual deberá indicarlo en el cronograma de ejecución al que se refiere la cláusula 5.2 del presente addendum. (Subrayado Nuestro)

33. El Concesionario sustenta su propuesta en los siguiente:

Optimización y Modificación del Expediente Técnico

Durante la etapa de construcción, es normal que se necesite efectuar modificaciones del Expediente Técnico debido a circunstancias que no pudieron preverse en el momento de su elaboración a razón de la naturaleza del suelo, de la introducción de nuevas soluciones técnicas por parte del constructor, entre otras.

Atendiendo nuestra solicitud, la APN ha manifestado su conformidad al respecto de dos modificaciones propuestas por el Concesionario respecto a (i) la subestructura de muelle; y (ii) la cimentación del edificio administrativo.

(i) Optimización del Expediente Técnico

En lo que se refiere a la optimización del Expediente Técnico, ésta se vincula con la sub-estructura de la plataforma del Muelle Sur. La nueva propuesta está basada en la utilización de pilotes de acero, mediante la aplicación del sistema de Cantitravel⁹. Este sistema consiste en la instalación de una plataforma metálica sobre ruedas que se mueve sobre vigas -rieles capaces de soportar grúas de gran capacidad.

Esta metodología resulta mejor que la inicialmente planteada (de tipo combi-wall contenida en el Expediente Técnico original), entre otros, debido a lo siguiente:

- 1º. Garantiza mejor resistencia sísmica debido a la redistribución de la carga entre pilotes.
- 2º. Permite reducir el plazo de la construcción del Muelle Sur a 27 meses lo cual resulta ser mucho más beneficioso puesto que el plazo inicial era de 36 meses.
- 3º. No altera ni modifica los parámetros técnicos de cumplimiento obligatorio de la obra establecidos en el Anexo 4 del Contrato de Concesión.

⁹ Este sistema fue inicialmente propuesto por el constructor contratado por el Concesionario, basándose en la metodología constructiva actualmente empleada en el Muelle de Pampa Melchorita.



4°. No genera ninguna obligación económica o técnica de cargo del Concedente.

Cabe indicar que la modificación del Expediente Técnico en este aspecto se origina en que, durante su diseño, se contaba con información limitada para un diseño vinculado a la instalación de pilotes como, entre otros aspectos: (i) parámetros característicos geotécnicos del suelo (ii) parámetros y características de material rocoso de las canteras.

Lo anterior justifica la necesidad de modificar el Expediente Técnico, sin que ello afecte la naturaleza de la Concesión, sus condiciones económicas y técnicas, ni el equilibrio económico financiero.

(ii) Cimentación de los pilotes

En lo que se refiere a la cimentación de los pilotes pre-fabricados para el edificio administrativo, los cambios están destinados a explotar mejor el uso del sub-suelo donde se ubica dicha edificación al haberse encontrado, a menor profundidad un suelo con parámetros de resistencia suficientes para soportar la carga propias del edificio administrativo. Ello conlleva a construir pilotes de concreto de menor longitud con relación al diseño del Expediente Técnico.

La variación de la solución de cimentación de los pilotes no afecta los requisitos técnicos exigidos por las Bases y por el Contrato de Concesión.

Lo anterior justifica la necesidad de modificar el Expediente Técnico sin que ello afecte la naturaleza de la concesión, sus condiciones económicas y técnicas, ni el equilibrio económico financiero

34. En el "Informe Técnico Legal del Addendum N° 1 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur" elaborado por la APN, se señala que las modificaciones que ha realizado el Concesionario fueron revisadas por la APN sin que haya significado el inicio de un procedimiento de modificación contractual del diseño aprobado. Según la APN, se efectuó una revisión de las solicitudes de modificación del expediente técnico referidas al muelle y edificio administrativo, a fin de determinar si resultaban ser idóneas técnicamente y si ameritaban una futura modificación contractual conforme a Ley. Sobre el particular, señalan lo siguiente:

(...)

No obstante lo anterior, sin que ello haya significado el inicio de un procedimiento de modificación contractual del diseño aprobado, la APN efectuó una revisión de las solicitudes de modificación del expediente técnico referidos al muelle y edificio administrativo, a fin de determinar si resultaban ser idóneas técnicamente y si ameritaban una futura modificación contractual conforme a Ley. Como consecuencia de la evaluación la APN manifestó su conformidad con el Expediente Técnico presentado.

Ahora bien, para efectos de modificar el Expediente Técnico original corresponde que ambas solicitudes (optimización del muelle y cimentación del edificio administrativo) sean aprobados mediante el addendum propuesto por el concesionario." (Subrayado Nuestro)

35. Con respecto a los alcances técnicos de las modificaciones planteadas, la APN señala lo siguiente:



"(...)

- a) La alternativa del nuevo diseño del muelle propuesto en el documento "Optimización del Expediente Técnico del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur", corresponde a un diseño, que desde el punto de vista estructural, la aplicación de pilotes en cepas con una losa de concreto, permite un mejor comportamiento estructural del conjunto, ante la presencia de un evento sísmico de regular intensidad, al permitir el sistema una mayor ductibilidad y como tal permite una determinada deformación ante movimientos horizontales. Asimismo, al estar sustentada la plataforma del muelle sobre pilotes no estaría sujeta la plataforma a posibles asentamientos diferenciales, no comprometiendo las operaciones en el muelle.

Si a ello agregamos, que una estructura constituida por pilotes y losa de concreto protegida por un manto de fragmentos de roca, es más viable su mantenimiento que una estructura constituida por una cortina tipo Combi-Wall constituida de relleno, originalmente propuesta por el concesionario, se **puede concluir, que la nueva propuesta para el diseño del muelle, desde el punto de vista estructural, comportamiento sísmico, mantenimiento y operacional, tienen mejores ventajas que la propuesta originalmente aprobada.**

- b) La alternativa de cimentación de pilotes pre-fabricados para el edificio administrativo propuesto por el concesionario, corresponde a un diseño destinado a explotar mejor las condiciones del sub suelo en la ubicación de la referida instalación, al presentar el mismo mejores condiciones de capacidad de soporte a menos profundidad que hace viable la utilización de pilotes de concreto pre fabricados, descartándose asimismo un fenómeno de licuación predominante posible de ocurrir que comprometa la estructura del edificio administrativo.

(...)" (Subrayado Nuestro)

36. En la pagina N° 11 del Informe de la APN se señala lo siguiente:

"(...)

2.2. Condiciones técnicas

En cuanto se refiere a la modificación del diseño de muelle y cambios efectuados en la cimentación del Edificio Administrativo que constituyen el proyecto "Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Zona-Sur" aprobado por la APN, los mismos cumplen con los parámetros técnicos establecidos en el Anexo 4 del contrato de concesión y en el expediente técnico aprobado por la APN el 03 de abril de 2008, ello al mantenerse el tirante mínimo del agua de 14 metros referido al MLWS, posibilitando en el futuro, un dragado de 16 metros referidos al MLWS, disponiéndose de un área de respaldo al muelle no menor a 145,000 metros cuadrados, posibilitando, además, disponer de pavimentos de alta capacidad de resistencia en su área operativa constituida por un relleno".

37. En el Informe de la APN también se realiza una evaluación de las Condiciones Económicas y Financieras de la solicitud de modificación del Contrato. Al respecto, en el punto donde se analiza el impacto de la Optimización del Muelle del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao se evalúa el efecto que generará un adelanto en el tiempo de ejecución de la obra, es decir, el inicio de operaciones en mayo del 2010, y no en febrero del 2011, tal y como estaba programado.

38. Para las simulaciones, la APN estima los contenedores que se movilizarían en los 9 meses de adelanto de inicio de las operaciones del Nuevo Terminal. Posteriormente, cuantifican el beneficio económico (ahorro) que obtendría el



comercio exterior, para ello se contrastan los costos de operación de ENAPU y los costos de operación del Nuevo Terminal. La APN calcula que el ahorro será de US \$ 25,00 y US \$ 19,82 por contenedor de 20 y 40 pies, respectivamente.

**Contenedores Estimados para el Nuevo Terminal de
Contenedores en el Terminal Portuario de Callao
(de mayo 2010 a febrero 2011)**

TP Callao	DPW	Ahorro por contenedor	Ahorro Total
IMPORTACION			
Llenos 20	78 626	25,00	1 965 652,50
Llenos 40	73 010	19,82	1 447 053,25
EXPORTACION			
Llenos 20	71 759	25,00	1 793 978,75
Llenos 40	53 819	19,82	1 066 699,02
AHORRO TOTAL			6 273 383,52

Fuente: Cuadro Extraído de "Informe Técnico Legal del Addendum N°1 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur". Elaboración: APN

39. Por nuestra parte, debemos precisar que el expediente técnico no forma parte del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao. En consecuencia, no puede formar parte de la adenda que está solicitando el Concesionario. En tal sentido, somos de la opinión que el siguiente párrafo propuesto por el Concesionario, no debe formar parte de la adenda:

"El CONCEDENTE y el CONCESIONARIO acuerdan modificar el Apéndice 7 y Anexos del Expediente Técnico del Contrato de Concesión."

40. En la mismo numeral, el Concesionario propone:

"(...)

*En virtud de ello, el plazo para culminar las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores-Zona Sur conforme el Expediente Técnico será de **veintisiete (27) meses contados a partir del inicio de la Construcción.***

"(...)"

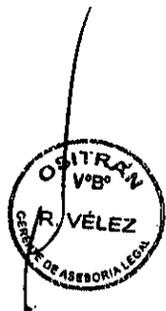
41. Sin embargo, no sería necesario incorporar este plazo como parte de la adenda, pues la cláusula 6.17 del Contrato de Concesión establece que el plazo máximo para la culminación de las Obras indicadas en el Anexo 4, es de treinta y seis (36) meses. Es decir, los veintisiete (27) meses están comprendidos en el plazo que estipula el Contrato de Concesión:

Cláusula 6.17

"El plazo máximo para la culminación de las Obras indicadas en el Anexo 4, es treinta y seis (36) meses contados a partir del inicio de la construcción, salvo que medie la suspensión del plazo de la Concesión, de acuerdo con la Cláusula 4.2, o que se apruebe una ampliación del plazo conforme a las Cláusulas 6.19, 6.20 y 6.21, sujeto a lo establecido en el Anexo 4.

"..." (Subrayado Nuestro)

42. Al respecto, debemos señalar que la aprobación del Expediente Técnico es responsabilidad de la APN, siendo que con la adenda propuesta queda claro que cualquier modificación o cambio que se haga de dicho documento



corresponderá ser evaluado y aprobado por la APN. En consecuencia, la modificación en los plazos contenidos en el expediente técnico podrá ser aprobada directamente por la APN, siempre y cuando se ajuste a lo establecido en el numeral 6.17 del Contrato de Concesión.

43. El Concesionario propone:

6.6 Aprobado el Expediente Técnico se entenderá que el CONCESIONARIO cuenta con la autorización de la APN para la ejecución de las Obras, sin perjuicio de las demás licencias, permisos y/o autorizaciones que pudiera requerir el CONCESIONARIO, de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables. El CONCEDENTE realizará sus mejores esfuerzos para que el CONCESIONARIO obtenga dichas licencias, permisos y/o autorizaciones correspondientes, conforme a sus competencias.

Si durante la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO considera que se debe realizar modificaciones al Expediente Técnico aprobado, deberá presentar a la APN, para su evaluación, su solicitud debidamente fundamentada conjuntamente con el Expediente Técnico modificado correspondiente, con copia al REGULADOR, indicando expresamente si se trata de una Obra Menor o Mayor. La APN dentro de los diez (10) días calendario de presentada la solicitud, deberá pronunciarse sobre la calificación indicada por el CONCESIONARIO. Transcurrido dicho plazo sin que la APN haya formulado calificación, se entenderá aceptada la calificación propuesta.

En caso la modificación sea calificada como Obra Menor, la APN dispondrá de un plazo de diez (10) días calendario contados a partir de la notificación por la APN de la calificación o vencimiento del plazo establecido en el párrafo anterior, para pronunciarse sobre las modificaciones formuladas por el CONCESIONARIO. De existir observaciones, éstas se realizarán en una sola oportunidad y deberán estar sustentadas con los respectivos informe técnicos. Transcurrido el plazo sin que la APN haya formulado observaciones o emitido opinión alguna, se entenderá que las modificaciones han sido aprobadas.

En caso APN formule observaciones a la propuesta de modificación presentada por el CONCESIONARIO, éste tendrá un plazo de tres (3) días calendario para absolverlas. Este plazo podrá ser ampliado por una sola vez a solicitud del CONCESIONARIO. Absueltas las observaciones, la APN tendrá cinco (5) días calendario para pronunciarse. Transcurrido dicho plazo sin que la APN haya emitido opinión sobre la absolución de observaciones, se entenderá que tales observaciones han sido subsanadas y por lo tanto aprobada la propuesta de modificación del Expediente Técnico.

En caso la modificación sea calificada como Obra Mayor, la APN dispondrá de un plazo de veinte (20) días calendario contados a partir de las notificaciones de la APN de la calificación o del vencimiento del plazo establecido en el segundo párrafo de la presente cláusula 6.6 para pronunciarse. Transcurrido el plazo sin que la APN haya emitido pronunciamiento, se entenderá que la modificación ha sido denegada. Los costos que irrogue a la APN la revisión de la solicitud a cargo del Supervisor de Diseño del Expediente Técnico modificado, serán cubiertos íntegramente por el CONCESIONARIO.

En el caso que la APN formule observaciones a la solicitud de modificación del Expediente Técnico, deberán estar sustentadas con los respectivos informes técnicos. El CONCESIONARIO tendrá diez (10) Días calendario para subsanarlas contados a partir del día siguiente de la notificación cursada por la APN. Este plazo podrá ser ampliado por una sola vez a solicitud del CONCESIONARIO. La APN dispondrá de diez (10) Días calendario para evaluar las subsanaciones presentadas por el CONCESIONARIO, contados desde la fecha de recepción de las mismas. Transcurrido dicho plazo sin que



haya sido emitido un pronunciamiento se entenderá que la modificación ha sido denegada.

En caso que, dentro de los plazos previstos, al APN desaprobare la propuesta de modificación o la subsanación de las observaciones formuladas a la propuesta de modificación del Expediente Técnico, sea que se trate de Obras Mayores u Obras Menores, la discrepancia será resuelta conforme el numeral 6.5 del Contrato de Concesión.

Entiéndase como Obras Menores aquellas obras que por su alcance no comprometen la funcionalidad de las edificaciones ni contravienen las normas que rigen la construcción de una obra civil en el país.

Entiéndase como Obras Mayores a aquellas obras que por su alcance comprometen la estructura, la resistencia de los materiales y/o los aspectos de arquitectura principal en una edificación, no contraviniendo las normas que rigen la construcción de una obra en el país, ni comprometen la operación y uso de las mismas. (Subrayado Nuestro)

44. El Concesionario sustenta su propuesta en lo siguiente:

Modificación del Numeral 6.6 del Contrato de Concesión

Nuestra propuesta de Adenda plantea incorporar dentro del numeral 6.6 del Contrato de Concesión una disposición para regular el procedimiento de modificaciones del Expediente Técnico, teniendo en cuenta la posibilidad de que por diversas razones como las expuestas en el numeral precedente- sea necesario modificar dicho documento en la etapa constructiva.

Sobre el particular, debe considerarse que el Contrato de Concesión, en su Anexo 4 establece determinados parámetros técnicos de obligatorio cumplimiento para el Concesionario. Sin embargo, el diseño de las obras no ha sido pre-establecido en el Contrato de Concesión y, más bien se ha dado poder de decisión al Concesionario para optar por la solución constructiva que le resulte más conveniente para cumplir con los requerimientos técnicos del Anexo 4 y, a su vez, con los niveles de servicios establecidos en el Anexo 3.

El Plan de Promoción de la Concesión aprobado por la Resolución Suprema N° 136-2005-EF, estableció en su numeral 4.1 que "el postor tiene amplia libertad para proponer adecuaciones y actualizaciones tecnológicas que considere convenientes, en tanto éstas cumplan con todas las especificaciones mínimas contenidas en los Términos de Referencia de las Bases".

Tales propuestas y actualizaciones fueron propuestas, inicialmente dentro de la Propuesta Técnica del adjudicatario y, posteriormente, desarrolladas en el Expediente Técnico originalmente presentado. Sin embargo, es evidente que pueden presentarse situaciones que exijan la modificación del Expediente Técnico atendiendo a diversos motivos, tales como la identificación de soluciones constructivas más ventajosas, la identificación de nueva información geológica, etc.

En este sentido, la modificación del Expediente Técnico es un mecanismo que necesariamente debe ser incorporado en el Contrato de Concesión para adecuar nuevos supuestos (identificados durante la construcción) a la concesión y mantener, de esa manera, la posibilidad de que el Concesionario decida el diseño de la infraestructura, cumpliendo siempre con las exigencias técnicas estipuladas por el Concedente.

Cabe indicar que nuestra solicitud se ha recogido en otros contratos de concesión de proyectos portuarios. Así por ejemplo, el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita establece claramente en su numeral 6.9, la



posibilidad de que el Concesionario solicite a la APN la modificación del Expediente Técnico inicialmente aprobado.

Como se ha mencionado, las modificaciones del Expediente Técnico deberán sujetarse a lo establecido en el Contrato de Concesión y por tanto, deberá respetar los parámetros técnicos y deberán permitir el cumplimiento de los niveles de servicio, conforme a los Anexos 3 y 4 del Contrato de Concesión.

Lo anterior justifica la necesidad de modificar el Contrato de Concesión, sin que ello afecte la naturaleza de la concesión, sus condiciones económicas y técnicas ni el equilibrio económico financiero.

45. Respecto de este punto, el informe antes referido de la APN señala en la página N° 8, que la modificación la cláusula 6.6 se justifica. Sobre el particular menciona lo siguiente:

"(...)

Al respecto, debemos señalar que la modificación de esta Cláusula del Contrato de Concesión se justifica por cuanto durante la ejecución de las obras de un proyecto portuario de envergadura, como el que corresponde al proyecto "Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao- Zona Sur" donde se tienen comprometidos diversas especialidades, tales como demoliciones, levantamiento topográfico y batimétrico, mecánica de suelos y geotecnia, peligro sísmico, dragado, diseño de estructuras en tierra y en el mar, rehabilitación de obras de abrigo, es posible que se presenten modificaciones y/o precisiones al proyecto originalmente aprobado por la APN, sea porque se encuentran condiciones diferentes del suelo previstas en las investigaciones iniciales o porque una concepción mejor en el diseño de una estructura permite mejorar su comportamiento antes los eventos sísmicos y/o posibilita un mejor desempeño operacional del proyecto.

De otro lado es importante señalar que en otros procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria, como es el caso del Terminal Portuario de Paita, se incorporó una cláusula (cláusula 6.9) que permite al concesionario efectuar modificaciones al Expediente Técnico, **lo cual justifica aún más la necesidad de aprobar la modificación propuesta**" (Subrayado Nuestro)

46. En la redacción de la cláusula 6.6 se debe tener en cuenta que cualquier modificación del Expediente Técnico se podrá aceptar siempre y cuando implique cambios que mejoren la propuesta técnica presentada por el Concesionario. Ello, en vista que dicha propuesta fue considerada como parte del factor de competencia.
47. Además, debe tenerse en cuenta que la modificación del contrato se realiza de forma bilateral entre el concedente y el concesionario, sin la participación del resto de postores, siendo que la interacción entre los postores, a través de la competencia ex - ante en la licitación, es la que permitió determinar quién era el mejor de ellos con respecto al cumplimiento de los objetivos de la licitación. Sin dicha interacción no hubiera existido garantía de que el mejor postor resulte elegido.
48. Asimismo, en la propuesta de modificación de la cláusula 6.6 no resulta clara la definición de obras mayores y menores. En tal sentido, sugerimos que en la adenda se incluyan definiciones de obra mayor y menor que sean determinables para su fácil aplicación, e igualmente cuantificables por parte de las autoridades competentes.



49. Así también, el Concesionario propone lo siguiente modificación del Contrato de Concesión:

Primer párrafo del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión

"La reparación del saldo del rompeolas sur no cubierto por las obras del Nuevo Terminal de Contenedores del TP Callao-Zona Sur, consistirá en recuperar las características de la sección del rompeolas teniendo en cuenta las propuestas de ampliación de la bocana de acceso del Terminal Portuario del Callao que apruebe la APN.

Si la rehabilitación del saldo de rompeolas sur, en todo o en parte, resulta imposible o innecesaria debido a que las obras de ampliación de la bocana de acceso afectaran tal rehabilitación o debido a cualquier otra causa no imputable al CONCESIONARIO, éste destinará el monto del presupuesto aprobado en el Expediente Técnico correspondiente a la rehabilitación del rompeolas sur no cubierto, a infraestructura adicional no prevista en ninguna de las fases de la Propuesta Técnica ni en los Expedientes Técnicos de dichas fases del Nuevo Terminal de Contenedores. Dichas inversiones se regularan conforme a lo establecido en las cláusulas 15.6 a 15.9 del Contrato de Concesión, siendo aplicable el procedimiento de Obra Mayor".

50. El Concesionario sustenta su propuesta en lo siguiente:

"La APN ejecutará las obras correspondientes a la ampliación de la bocana de acceso, las cuales prevén la demolición de parte del rompeolas sur a ser rehabilitado por el Concesionario.

Como se han indicado, si el Concesionario realizará obras de rehabilitación en la totalidad del rompeolas sur, los recursos invertidos en la parte a ser demolidos se desperdiciarían.

Por otro lado, si el Concesionario desarrolla la ampliación de la zona ganada al mar hacia el lado exterior del rompeolas sur adyacente al Nuevo Terminal de Contenedores, se ha propuesto que se amplíe el plazo de Construcción por 4 meses, y que la propuesta sea evaluada según las reglas procesales previstas para la Obra Mayor.

Con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del Contrato la modificación no propone liberar al Concesionario de la inversión a la que inicialmente se comprometió. Por el contrario, la modificación propone la variación del destino de dichas inversiones, para que se construyan obras no previstas en la Propuesta Técnica ni en el Expediente Técnico. Ello generará mayores eficiencias en los servicios a ser prestados dentro del Terminal Portuario de Callao.

Lo anterior justifica la necesidad de modificar el Contrato de Concesión, sin que ello afecte la naturaleza de la Concesión, sus condiciones económicas y técnicas ni el equilibrio económico financiero."

51. Sobre la modificación solicitada por el Concesionario, en la página N°9 del Informe de la APN se señala lo siguiente:

"(...)

Como puede apreciarse este extremo de la propuesta de addendum presenta dos disposiciones:

- La primera referida a que el concesionario invertirá como inversión adicional el monto que no se destine a la reparación del rompeolas sur*



como consecuencia de la ampliación de la bocana de acceso al puerto del Callao.

La opinión económica financiera de este punto se encuentra en numeral 2.3 del presente informe, al cual nos remitimos.

- La segunda se refiere a la posibilidad que el concesionario presente una propuesta de inversión adicional consistente en el reclamo de una zona ganada al mar hacia el lado exterior del rompeolas sur con lo cual se crearía un área terrestre adicional que incrementaría la capacidad para el almacenamiento de contenedores y otros servicios.

Este extremo consiste en una posibilidad que se encontrará sujeta a evaluación de la APN, regulándose en el addendum los requisitos y el procedimiento que el concesionario deberá cumplir en su oportunidad.

(...)"

52. En la pagina N°14 del "Informe Técnico Legal del Addendum N°1 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur" elaborado por la APN se realiza una evaluación económica de la modificación del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión. Al respecto, señala lo siguiente:

"(...)

b) *Modificación del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión*

La modificación propuesta al contrato se encuentra relacionada a la modificación de inversiones, principalmente con el cumplimiento del contrato de fideicomiso derivado de la concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, que establece como prioridad la ejecución del proyecto "Mejoramiento y ampliación de la Bocana de entrada al Terminal Portuaria del Callao.

La APN, luego de los estudios técnicos realizados, ha determinado que será necesario retirar el enrocado aproximadamente 210 m. de longitud del rompeolas sur. Esta actuación dificultaría que el concesionario cumpla con la ejecución de las obras de rehabilitación del rompeolas sur conforme fue aprobado en el Expediente Técnico del Nuevo Terminal de Contenedores. Como consecuencia de ello, el Concesionario dejará de invertir aproximadamente US \$ 3'823,232.00, por lo tanto la inversión total se reducirá en esa proporción.

Esta modificación no es considerada como un acto de gobierno por el contrario pues se encuentra establecida en un contrato de concesión suscrito con el concesionario y el concedente, por tanto no habrá razón para que el concesionario invoque el equilibrio económico-financiero. Sin embargo, de acuerdo a las conversaciones sostenidas con la APN y el Concesionario, se ha considerado la posibilidad de que los recursos que no sean invertidos en la reparación del rompeolas sean destinadas a la ejecución de trabajos adicionales."

Por otro lado, las inversiones a las que se comprometió el Concesionario en la fase I son las siguientes:



	Según propuesta técnica establecida en el Contrato de Concesión	Según Expediente Técnico aprobado por APN
Inversión en Infraestructura	155 483 000	173 812 620
Inversión en Equipamiento	101 340 000	85 012 000
Total Inversión	256 823 000	258 824 620
Inversión en rompeolas	3 823 232	3 823 232
Total Inversión (sin rompeolas)	252 999 768	255 001 388

De acuerdo a lo observado en el cuadro anterior, el monto total de la inversión ha variado, la primera columna indica el compromiso de contrato de concesión, el mismo que cambia porque se trata de un monto estimado. La siguiente columna indica las modificaciones que han sufrido los montos estimados de inversión en el expediente técnico.

En estas variaciones del monto de inversión se aprecia que, incluso restando el monto de inversión de la reparación del rompeolas que dejaría de hacerse, las inversiones a realizarse en la fase I del proyecto no varían sustancialmente.

Por otro lado, según el contrato de concesión el análisis del equilibrio económico financiero se efectúa en base al Estado de Ganancias y Pérdidas donde se verifique la variación de ingresos o costos, por tanto es imposible efectuarse debido a que el concesionario aún no inicia su etapa operativa.

Otro aspecto importante es que el Concesionario, de acuerdo al proyecto de addendum, ha manifestado que con las modificaciones del contrato no se afecta el equilibrio económico financiero.

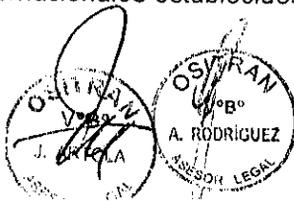
Finalmente, el Concesionario no podrá invocar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en caso que este desequilibrio sea ocasionado como consecuencia de una inversión mayor al monto estimado que no se destine a la reparación del rompeolas sur en aplicación de la cláusula 5.2 del addendum, dado que la inversión mayor que pueda destinar por este concepto corresponde a un riesgo del propio Concesionario" (Subrayado Nuestro)

53. El Concesionario plantea la modificación del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión. En dicho acápite, la reparación del saldo de rompeolas sur forma parte de la Inversión Complementaria Mínima. En otras palabras, el Concesionario adquirió el compromiso de ejecutar obras comunes, tal y como lo establece la Cláusula 1.20.59. Por esta razón, somos de la opinión que el presupuesto que no se destine a la reparación del saldo de rompeolas sur, corresponde que sea orientado a obras comunes, tal y como lo establece el anexo 9 del Contrato de Concesión y sólo podrá ser destinado a otro tipo de obras en la medida que no haya obra común donde efectuar dicha inversión.

54. El Concesionario propone:

"SEXTO: INVERSION EN COMPONENTE NACIONAL

A fin de mejorar la competitividad en diversos sectores económicos, así como promover la inversión privada, buscando eliminar las barreras al comercio que actualmente existen y que afectan la real competencia entre los productos nacionales y extranjeros, a efectos de lograr una mayor eficiencia en la toma de decisiones comerciales y adecuar la legislación nacional a los estándares internacionales establecidos por la Organización Mundial del Comercio – OMC,



las Partes acuerdan eliminar la obligación de Inversión en Componente Nacional, en concordancia con el Decreto Legislativo No 1035"

55. El Concesionario sustenta su propuesta en:

"El Decreto Legislativo No 1035 eliminó la obligación de incorporar el componente nacional en los procesos de concesión, debido a que esta medida resulta ser una barrera al comercio, afectando al real competencia entre productos extranjeros y peruanos, así como perjudicando la inversión privada.

Es muy importante considerar que el numeral 6.2 de los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión, aprobado por Acuerdo No. 557-154-04-CD-OSITRAN establece lo siguiente:

"Pueden propiciar las modificaciones de contratos entre otras, las siguientes situaciones: cambios en la estructura de mercado, cambios tecnológicos, cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable o hechos y actos del Estado".

Es el caso que la Adenda propuesta se ajusta perfectamente a los cambios normativos que se han producido dentro del marco legal aplicable y que, precisamente, buscan eliminar barreras a la inversión generando mayores eficiencias en el comercio.

Es por tal motivo que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No 1035 justificó la derogatoria "a efectos de mejorar la competitividad en diversos sectores económicos, así como promover la inversión privada, buscando eliminar las barreras al comercio que actualmente existen y que afectan la real competencia entre productos nacionales y extranjeros, y así lograr una mayor eficiencia en la toma de las decisiones comerciales".

Del mismo modo, la Exposición de Motivos justificó sus derogatoria en que el Componente Nacional constituía una violación de los compromisos asumidos por el Perú en el marco de la Organización Mundial del Comercio, en particular con el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC) y con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

En ese sentido, la modificación propuesta responde a una necesidad inminente de adecuación del marco legal vigente, la cual es – en palabras de OSITRAN – una justificación adecuada para proponer una Adenda al Contrato. Adicionalmente, como se ha expresado, la modificación propuesta busca generar eficiencias en el comercio y alinearse con los convenios internacionales que ha suscrito el Gobierno Peruano, por lo que atiende sin duda alguna al interés público.

Evidentemente, esta eliminación no altera el equilibrio económico, puesto que el Concesionario mantendrá sus compromisos conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

Finalmente, cabe indicar que si bien el Componente Nacional fue parte del factor de competencia durante el concurso, éste no fue determinante para que la Buena Pro haya sido otorgada al Concesionario. En efecto, conforme al Acta de Adjudicación del Concurso suscrita el 19 de junio de 2006 – "Acta de Apertura de sobre N.3 y Adjudicación de la Buena Pro" cuya copia adjuntamos como Anexo 2- los cuatro postores precalificados ofrecieron el mismo monto de inversión en el componente nacional (US \$ 62.5 millones), el cual únicamente otorgaba una bonificación en el concurso equivalente al 29.27% del Puntaje Total. Más bien se puede apreciar que el Concesionario se adjudicó la Buena Pro por ofrecer la mayor Inversión Complementaria Adicional, lo cual superó por más de US \$ 90'000,000.00 a la segunda mejor oferta. En consecuencia, la



eliminación del compromiso de inversión en componente nacional no solamente se ajusta a lo establecido en el marco legal vigente sino que, adicionalmente, no vulnera ni altera el factor de competencia por el que el Concesionario se adjudicó la buena pro en el concurso, manteniendo incólume el principio de igualdad en las concesiones.

Lo anterior justifica la necesidad de modificar el Contrato de Concesión, sin que ello afecte la naturaleza de la concesión, sus condiciones económicas y técnicas, ni el equilibrio económico financiero.

56. En el informe de la APN se señala lo siguiente:

"(...)

Sobre el particular debemos manifestar que la modificación propuesta responde a una necesidad de adecuación del marco legal vigente, buscando generar eficiencias en el comercio."

57. Sobre el particular debemos señalar que el marco legal vigente al momento de elaborado el presente informe modificó el marco legal que estuvo vigente al momento de realizada la licitación de la Concesión.

58. En efecto, al momento de realizada la licitación se encontraba vigente la Ley N° 28242, Ley Complementaria a la Ley N° 27143 – Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional, norma que disponía un puntaje adicional en todas las bases de licitación o concurso para concesiones o privatizaciones que otorgue el Estado, incluso aquellos referidos a fondos fiduciarios, en función del compromiso que se asuma para adquirir bienes y ejecución de obras producidos en el país. Este compromiso, una vez otorgada la buena pro debía ser incluido en los contratos a suscribirse entre el Estado peruano y el inversionista.

59. De esta manera, fue en virtud de dicho marco legal que se estableció la exigencia de componente nacional tanto en las bases del contrato como en el Anexo 15 del Contrato Concesión.

60. Sin embargo, a la fecha, dicho marco legal fue modificado mediante el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1035, publicado el 25 de junio de 2008, al derogarse los artículos 1,2,3,4,5,7 y 8 de la Ley N° 28242, en base al siguiente sustento:

"En primer lugar, es claro que al referirse a la realización de actividades industriales, así como ejecución de obras, en los casos citados, nos encontramos frente a una medida en materia de inversiones.

En segundo lugar, según lo dispuesto en las normas materia de análisis, dichas medidas en materia de inversiones están relacionadas con el comercio, toda vez que al establecerse ciertas prescripciones y beneficios frente al uso de productos de origen nacional por sobre los importados, se afecta el comercio de mercancías.

Finalmente, la existencia de esta medida en materia de inversiones relacionada con el comercio vulnera el Artículo III del GATT, encajando perfectamente en el supuesto previsto en el punto 1(a) de la lista ilustrativa del Anexo del Acuerdo MIC, que dispone lo siguiente:

1) Las medidas incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo II del GATT comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja y que prescriban:



a) La compra o utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales ..."

61. El Concesionario propone lo siguiente:

"SEGUNDA: MODIFICACIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL DEL CONCESIONARIO

Las Partes acuerdan que cualquier mención a DP World Callao S.A. deberá entenderse como una mención a DP World Callao S.R.L., ya sea que ésta se produzca en el Contrato de Concesión o en comunicaciones, declaraciones, actos jurídicos o cualquier otro acto relacionado con la ejecución de éste"

62. El Concesionario sustenta su propuesta en :

El 22 de julio de 2009, conforme a su Estatuto y al numeral 3.3 inciso f) acápite (iii) del Contrato de Concesión, el Concesionario solicitó al Concedente la autorización correspondiente para transformar su forma societaria, con la finalidad de convertirse de una Sociedad Anónima a una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Con fecha 6 de agosto de 2008, mediante Oficio Circular No 078-09-SCD-OSITRAN, OSITRAN emitió su opinión favorable a la transformación. Mediante Oficio No 1090-2009-MTC/25, del 21 de agosto de 2009, el Concedente autorizó la transformación.

La transformación fue adoptada por Acuerdo de Junta General de Accionistas de 25 de agosto de 2009 y elevada a Escritura Pública el 30 de septiembre de 2009. Como se ha indicado, la nueva denominación social del Concesionario es DP World Callao S.R.L. y conforme a los artículos 340 y 341 de la Ley General de Sociedades, ésta entró en vigencia el 1 de octubre de 2009.

Con la finalidad de uniformizar y ajustar el Contrato de Concesión a la nueva denominación social del Concesionario, hemos considerado conveniente que dicha información se incorpore al Contrato de Concesión como una modificación y disponiendo que toda mención se realice a DP World Callao S.A. en el referido contrato y en los documentos que de éste se deriven, se entienda como una mención DP Word Callao S.R.L.

Cabe indicar que la modificación solicitada es una precisión al Contrato de Concesión y, en consecuencia, no afecta la naturaleza de la concesión, sus condiciones económicas y técnicas, ni el equilibrio económico financiero.

63. Al respecto, la APN señala que resulta conveniente que el Contrato de Concesión recoja la nueva denominación social del Concesionario. Para la APN esto se justifica en el cambio de denominación social del Concesionario, quien ha pasado ahora a denominarse DP World Callao S.R.L., modificación que ha surtido efecto desde el 01 de octubre de 2009.

64. Sobre el particular, somos de la opinión que la modificación de la forma societaria no requiere necesariamente ser materia de adenda, dado que ni las bases ni el contrato de concesión prescribe o exige una forma societaria específica para el concesionario.

V. CONCLUSIONES

65. Del análisis realizado en las secciones precedentes, estas Gerencias llegan a las siguientes conclusiones:



- 1°. La opinión técnica contenida en el presente informe tiene carácter no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo N° 171.2 de la Ley N° 27444, que establece que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la Ley.
- 2°. Corresponde dar trámite a la solicitud de emisión de opinión técnica de la propuesta de adenda presentada por el Concedente en virtud del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el Artículo 9° del Reglamento de la Ley Marco de APP's.
- 3°. El objeto del presente Informe es emitir Opinión Técnica con relación a la solicitud de adenda presentada por el MTC, a través de la Autoridad Portuaria Nacional, a propuesta de DP World Callao SRL., para la modificación de cláusulas y Anexos del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.
- 4°. Con respecto a la solicitud de Adenda Propuesta por las partes del Contrato:

- **Incorporación de la Optimización y Modificación del Expediente Técnico**

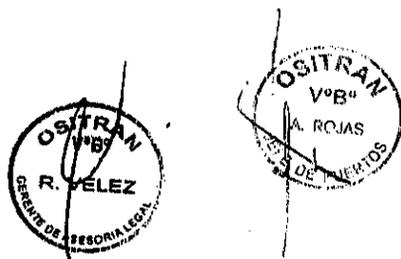
La adenda propone reducir, de treinta y seis (36) a veintisiete (27) meses, el plazo para culminar las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur conforme al Expediente Técnico.

Sobre este extremo de la solicitud de adenda, consideramos que no resulta necesario que vía adenda se establezca la modificación del Expediente Técnico, pues la aprobación de dicho documento, conforme al contrato y al marco legal vigente, es responsabilidad de la APN, siendo que, con la propuesta de adenda queda claro que cualquier modificación o cambio que se haga del Expediente Técnico corresponderá ser evaluado y aprobado por la APN. De esta manera, la modificación en los plazos contenidos en el expediente técnico podrá ser aprobados directamente por la APN, siempre y cuando se ajuste a lo establecido en el numeral 6.17 del Contrato de Concesión. *[la cláusula 6.17 del Contrato de Concesión establece como plazo máximo para la culminación de las obras, el plazo de treinta y seis (36) meses, por tanto, la construcción de las obras, pueden culminarse antes de cumplidos los treinta y seis (36) meses].*

Asimismo, al procedimiento que se establece en la propuesta de modificación del numeral 6.6 del Contrato de Concesión, relacionado a obras mayores y menores, deberán adecuarse los expedientes evaluados por la APN, en las modificaciones técnicas que cuentan con la conformidad de dicha entidad, y aquellas que solicite el Concesionario.

- **Modificación de la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión (Procedimiento de Aprobación del Expediente Técnico):**

La propuesta de adenda introduce el Procedimiento de Modificación del Expediente Técnico" a cargo de la APN,



considerando la posibilidad de solicitar y aprobar modificaciones al Expediente Técnico de Obra aprobado por la APN.

La opinión del Regulador respecto de este extremo es favorable. Debiéndose precisar que en la misma adenda se desarrollen las definiciones de los conceptos de Obra Mayor y de Obra Menor incorporados en el procedimiento propuesto, con la finalidad que resulten fácil y adecuadamente determinadas para su aplicación.

- **Modificación del Primer párrafo del numeral 2.3.3 del Anexo 9 del Contrato de Concesión (Rompeolas Sur):**

El Contrato de Concesión establece la reparación del Rompeolas Sur, proponiéndose en la adenda que el Concesionario pueda modificar y desarrollar una ampliación de plataforma ganada al mar hacia el lado exterior del Rompeolas Sur.

Sobre el particular, la opinión del regulador es favorable, debiéndose precisar que la inversión considerada para la reparación del rompeolas Sur (deductivo), debe ser reorientada prioritariamente a nuevas Obras Comunes del Puerto o, en su defecto, en alguna otra inversión adicional que sea necesaria.

- **Inversión en Componente Nacional**

En la propuesta de adenda se plantea la eliminación de la obligación relativa a la inversión en Componente Nacional.

Al, respecto, consideramos favorable dicha propuesta, toda vez que, el Decreto Legislativo N° 1035 - Ley de adecuación al "Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio" de la Organización Mundial de Comercio - OMC", eliminó dicha obligación, más aún que dicho factor de competencia no fue determinante durante el concurso, por cuanto los cuatro postores precalificados ofrecieron el mismo monto de inversión en componente nacional.

- **Modificación de la Razón Social del Concesionario: (De DP World Callao S.A. a DP World Callao S.R.L.)**

Sobre el particular, la opinión del Regular se circunscribe a que la modificación de la forma societaria no resulta indispensable se viabilice a través de un procedimiento de adenda, dado que ni las bases ni el contrato de concesión exigen una forma societaria específica e inamovible para el Concesionario.

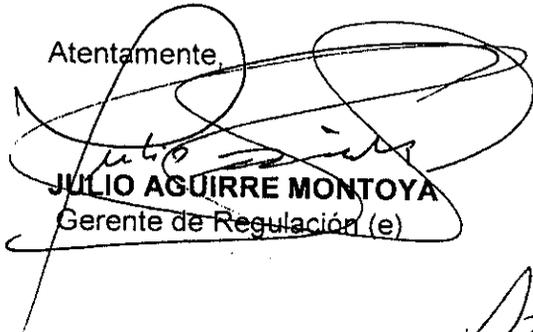
VI. RECOMENDACIONES

66. Elevar el presente informe a consideración del Consejo Directivo con la finalidad de que emita opinión respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión presentada por la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Autoridad Portuaria Nacional.

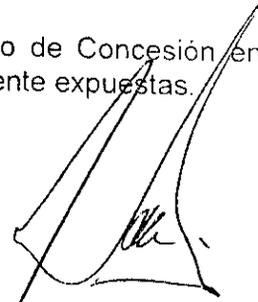


67. Se recomienda aprobar la modificación del Contrato de Concesión en los términos indicados en las conclusiones precedentemente expuestas.

Atentamente,



JULIO AGUIRRE MONTOYA
Gerente de Regulación (e)



ROBERTO VELEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal



LUIGI D'ALFONSO CROVETTO
Gerente Adjunto de Supervisión (e)



REG.SAL. 1153-2010
SRN, JHAG, ARM, BDT

