

URGENTE

OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público
Sistema de Mesa de Partes

Fecha Reporte
Hora Reporte
Página

30/01/2010
03:10 PM
1

HOJA DE TRÁMITE

Nº REGISTRO **2019**

TIPO OFICIO
NÚMERO 101-2010-MTC/25
FECHA 30/01/2010
FOLIOS 9
RPTA

REMITENTE PEDRO MONTOYA HERNANDEZ
CARGO DIRECTOR DE CONCESIONES
CLASE MINISTERIOS
INSTITUCION DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
DIRIGIDO A: MONTESINOS CORDOVA, JORGE
ÁREA Gerencia General

ASUNTO CONTRATO DE CONCESIÓN FERROCARRIL CENTRAL

NOTAS

ATENDIDO CON: _____

DERIVACIONES DE DOCUMENTO			
DERIVAR A:: (ÁREA / PERSONA)	ACCIONES	FEC./DERV.	
Gerencia General/MONTESINOS CORDOVA, JORGE		30/01/2010	
625/65/62	19	01/02	
cc STCD			



OBSERVACIONES _____

- 1. Archivar
- 2. Atención Urgente
- 3. Acción que corresponda
- 4. Atender directamente
- 5. Agregar a sus antecedentes
- 6. Archivo
- 7. Copia Informativa
- 8. Conversemos
- 9. Conocimiento y fines
- 10. Devolución
- 11. Difusión
- 12. Elaborar Presentación
- 13. Elaborar Ayuda Memoria
- 14. Opinión
- 15. Por corresponderle
- 16. Proyectar respuesta
- 17. Proceder según normatividad vigente
- 18. Publicar en la Página WEB
- 19. Revisión e informe
- 20. Reformular
- 21. Responder directamente
- 22. Su cumplimiento
- 23. Trámite respectivo
- 24. Tomar nota y devolver

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
30 ENE. 2010
RECIBIDO
Firma... *[Signature]* ... Hora.....



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 25 ENE. 2010

OFICIO N° 101-2010-MTC/25

Señor
JORGE MONTESINOS CORDOVA
Gerente General
OSITRAN
Av. República de Panamá N° 3659
Urbanización El Palomar
San Isidro.-

OSITRAN
MESA DE PARTES
30 ENE 2010
2010
HORA: 9:30

Asunto : Contrato de Concesión del Ferrocarril Central

Referencia : Carta s/n de fecha 09.12.09 presentada por Ferrovías Central Andina S.A.

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual, la Concesionaria del Ferrocarril Central, solicita la suscripción de una Addenda al Contrato de Concesión, a fin de modificar el numeral 1.1 de la Cláusula Primera y el numeral 24.3 de la Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato de Concesión.

En atención a lo señalado, requerimos que su representada se sirva emitir opinión técnica sobre la modificación contractual planteada por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. que en copia se adjunta al presente, conforme a lo señalado en el numeral 24.3 de la Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato de Concesión, así como de sus facultades y competencias asignadas por ley.

Sin otro particular, es propicia la oportunidad para expresar a usted las muestras de mi consideración.

Atentamente,

PEDRO ISAÍAS MONTOYA HERNÁNDEZ
Director General
Dirección General de Concesiones
en Transportes

180808

09 DIC 2009

Solicitamos Modificación de Cláusula Primera 1.1 y Cláusula Vigésimo Cuarta, 24.3 del Contrato de Concesión.

AL DIRECTOR GENERAL DE CONCESIONES EN TRANSPORTES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES.

AL GERENTE GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO – OSITRAN.

FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A., con R.U.C. N° 11120812, con domicilio en Av. José Gálvez Barrenechea N° 566-5° Piso- Urb. Córpac, San Isidro, Lima; teléfono N° 07198644, debidamente representada por su Gerente General, señor Jaime Blanco Ravina, con D.N.I. N° 07198644, con facultades inscritas en la Partida N° 1120812 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, atentamente decimos:

Que en aplicación del numeral 24.3 del Contrato de Concesión, por medio del presente documento solicitamos al Concedente la Modificación del numeral 1.1 de la Cláusula Primera y del numeral 24.3 de la Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato de Concesión del Ferrocarril Central.

Conforme a lo establecido en dicho numeral, solicitamos al OSITRAN se sirva emitir opinión favorable a nuestra solicitud.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD:

A) MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PRIMERA, NUMERAL 1.1:

El numeral 1.1 de la Cláusula Primera – Definiciones, del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

"PARTICIPACION COMPROMETIDA: es como mínimo el 60% (sesenta por ciento) de participación en el Adjudicatario y, luego de la Fecha de Cierre, en el capital social del Concesionario, cuyo(s) titular(e)s es(son) el (los) Inversionista (s) Estratégico(s) quien(es) no podrá(n) transferir, disponer o gravar la participación Comprometida durante los cinco Años de Concesión siguientes a la Fecha de Cierre. A partir del sexto Año de Concesión, el (los) el (los) Inversionista (s) Estratégico(s) podrán transferir, disponer o gravar la Participación Comprometida siempre que en forma

REGISTRO DE CONCESIONES EN TRANSPORTES
09 DIC. 2009
REVISADO EN LA FECHA

previa obtengan la autorización escrita del Concedente, la que será emitida previa opinión favorable de OSITRAN. (El subrayado es nuestro)

En caso el adjudicatario sea un Consorcio Divisible, la participación Comprometida se distribuirá en la forma prevista en la Circular No. 54.

A partir de la Fecha de Cierre, cualquier Inversionista Estratégico podrá transferir su participación Comprometida a favor una Empresa Vinculada, siempre que esta presente una estructura accionaria idéntica a la del Inversionista Estratégico, tanto en sus titulares como en sus participaciones; salvo que por las leyes del país de constitución social de la Empresa Vinculada sea necesario contar con pluralidad de socios, accionistas o participacionistas, en cuyo caso solamente una acción de capital de dicha Empresa Vinculada podrá tener por titular a un tercero, en la medida que previamente cuente con autorización escrita del concedente, la que será emitida previa opinión favorable de OSITRAN. Este procedimiento para la transferencia de la Participación comprometida a Empresas Vinculadas del titular de la misma, también será aplicable una vez vencido el plazo de cinco Años de Concesión antes mencionado" (El subrayado es nuestro)

En cualquier caso de transferencia de Participación Comprometida, el Concedente y OSITRAN emplearán como criterios de evaluación los mismos establecidos en las Bases para la Precalificación, por lo que será necesario que el posible adquiriente de Participación Comprometida presente toda la información y/o documentación exigida por las Bases a dicho efecto considerando que, entre otras razones que deriven de dicha Precalificación, el Concedente y OSITRAN no aceptarán la transferencia de Participación Comprometida en caso que, en su opinión, ella ocasione perjuicio o deterioro en el respaldo económico o técnico del Concesionario."



a.1 Es importante tener en cuenta que en el primer párrafo del actual numeral 1.1 se señala que "A partir del sexto Año de Concesión, el (los) el (los) Inversionista (s) Estratégico(s) podrán transferir, disponer o gravar la Participación Comprometida siempre que en forma previa obtengan la autorización escrita del Concedente, la que será emitida previa opinión favorable de OSITRAN."

Sin embargo, en el tercer párrafo del citado numeral existe un error, constituido por una contradicción al establecer que las restricciones aplicables a la transferencia de la Participación Comprometida desde la Fecha de Cierre hasta los cinco primeros años de Concesión, resultarían igualmente aplicables a dichas transferencias a partir del sexto año de la Concesión. ("Este procedimiento (...).

a.2 En lo establecido en el primer párrafo del numeral, es clara la intención del Contrato de limitar la salida del Adjudicatario y sus accionistas durante los primeros cinco años, para evitar que éstos se desvinculen de operar la

Concesión una vez efectuadas las inversiones. Sin embargo, esta situación no es la misma una vez que ha vencido dicho período. Atendiendo a lo señalado en el primer párrafo del numeral 1.1, en el cual no se prevé ninguna limitación a las transferencias a efectuarse a partir del sexto Año de Concesión queda en evidencia existe un error en la redacción de este numeral, al establecer: *"Este procedimiento para la transferencia de la Participación Comprometida a Empresas Vinculadas del titular de la misma, también será aplicable una vez vencido el plazo de cinco Años de Concesión antes mencionado."*

- a.2 Habiendo transcurrido diez Años de Concesión, pretender que la Participación Comprometida sólo pueda transferirse a una Empresa Vinculada con una estructura accionaria idéntica a la del Inversionista Estratégico, tanto en sus titulares como en sus participaciones, carece de sustento y no permite la libre transferencia de acciones que es inherente a toda sociedad comercial. Además, es importante considerar que en el Contrato de Concesión existe una intención implícita de diferenciar las transferencias a realizarse desde la Fecha de Cierre y hasta el quinto Año de Concesión, de aquellas realizadas a partir del sexto año de iniciada.
- a.3 No existe fundamento legal para establecer los mismos requisitos a una transferencia de acciones que se efectúe dentro de los cinco primeros Años de la Concesión y aquella que se efectúe con posterioridad.
- a.4 Por lo anterior y siendo evidente el error incurrido en el numeral 1,1 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, solicitamos la modificación del texto referido a la Participación Comprometida, establecida en el citado Contrato, para el cual proponemos el siguiente:

"Participación Comprometida: es como mínimo el 60% (sesenta por ciento) de participación en el Adjudicatario y, luego de la Fecha de Cierre, en el capital social del Concesionario, cuyo(s) titular(es) es(son) el(los) Inversionista(s) Estratégico(s) quien(es) no podrá(n) transferir, disponer o gravar la Participación Comprometida durante los cinco Años de Concesión siguientes a la Fecha de Cierre. A partir del sexto Año de Concesión, el (los) Inversionista(s) Estratégico(s) podrán transferir, disponer o gravar la Participación Comprometida a favor de una Empresa Vinculada o no Vinculada, siempre que en forma previa obtengan la autorización escrita del Concedente, la que será emitida previa opinión favorable de OSITRAN. En caso el Adjudicatario sea un Consorcio Divisible, la Participación Comprometida se distribuirá en la forma prevista en la Circular No.54.



En cualquier caso de transferencia de Participación Comprometida, el Concedente y OSITRAN emplearán como criterios de evaluación los mismos establecidos en las Bases para la Precalificación, por lo que será necesario que el posible adquiriente de Participación Comprometida presente toda la información y/o documentación exigida por las Bases a dicho efecto considerando que, entre otras razones que deriven de dicha Precalificación, el Concedente y OSITRAN no aceptarán la transferencia de Participación Comprometida en caso que, en su opinión, ella ocasione perjuicio o deterioro en el respaldo económico o técnico del Concesionario".

a.5 Cabe señalar además, que exigir que la Participación Comprometida sólo se pueda transferir a una Empresa Vinculada que tenga exactamente la misma estructura accionaria en porcentajes y titulares, conlleva en la práctica prohibir la transferencia de la Participación Comprometida, ya que no es usual ni existe exigencia legal para que dos empresas tengan la idéntica estructura accionaria, como se establece en el texto vigente.

a.6 Cabe mencionar que los siguientes Contratos de Concesión, supervisados igualmente por OSITRAN, establecen prohibiciones o restricciones temporales a la transferencia de la Participación Comprometida durante un plazo predeterminado, vencido el cual no existen limitaciones para disponer o gravar las mismas. Además, en ningún caso, se exige tener que transferir a una empresa que sea vinculada y que tenga estructura accionaria idéntica tanto en titulares como en participaciones:

- a) El numeral (i) del inciso d) del artículo 3.3 del Contrato de Concesión de la Red Vial 6 celebrado con COVIPERU S.A. establece que el Estatuto del Concesionario deberá contener como mínimo: *"Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones que representen el porcentaje correspondiente a la Participación Mínima del Socio Estratégico (35%) a favor de terceros o a otros socios distintos de los que conforman el socio estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta el quinto Año de la Concesión (...). A partir del sexto Año de la Concesión, el Socio estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones previa aprobación del Concedente, con opinión del Regulador"*.

(El resaltado es nuestro)



b) El numeral (vi) del inciso d) del artículo 3.3 del Contrato de Concesión de la IIRSA SUR Tramo No. 1 celebrado con SURVIAL S.A. establece que el Estatuto del Concesionario deberá contener como mínimo: *“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%) a favor de terceros o a otros socios distintos de los que conforman el socio estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta cuatro años posteriores al Inicio de la Explotación de la concesión (...). A partir de dicha fecha el Socio estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones previa aprobación del Concedente, con opinión del Regulador (...).*

c) El numeral (vi) del inciso d) del artículo 3.3 del Contrato de Concesión de la IIRSA SUR Tramo No. 5 celebrado con COVISUR S.A. establece que el Estatuto del Concesionario deberá contener como mínimo: *“Que, la 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%) a favor de terceros o a otros socios distintos de los que conforman el socio estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta cuatro años posteriores al Inicio de la Explotación de la concesión (...). A partir de dicha fecha el Socio estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones previa aprobación del Concedente, con opinión del Regulador (...).*

a.7 De acuerdo a lo anterior, el texto actual del numeral 1.1 de la Cláusula Primera de nuestro Contrato de Concesión conlleva un trato discriminatorio entre las condiciones del Contrato de Concesión de la Infraestructura Ferroviaria del Ferrocarril Central y las demás Concesiones otorgadas con posterioridad.

Por todo lo anterior, solicitamos la modificación de la mencionada cláusula, numeral 1.1.



B. Modificación de la Cláusula 24.3

b.1 El texto actual de la Cláusula 24.3 del Contrato de Concesión aprobada por Adenda N° 04, establece que:

“24.3 Modificación del Contrato. El Contrato de Concesión puede ser modificado por acuerdo entre las Partes, previa opinión favorable de OSITRAN y opinión de los Acreedores Permitidos en tanto se mantenga cualquier Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado por el Concedente, lo que deberá realizarse mediante la misma forma con la que se ha documentado este Contrato, con excepción de las actualizaciones

del Anexo N° 2 o de la devolución de los Bienes de la Concesión incluidos en el numeral 2.5 del Anexo N° 2 o en el Anexo N° 3. Las modificaciones al Contrato, salvo las excepciones antes señaladas, solamente entrarán en vigencia en el momento en que las Partes suscriban la Escritura Pública correspondiente. Los gastos de formalización de la modificación de este Contrato, son de cargo de la Parte que la solicitó."
(El resaltado es nuestro).

b.2 Como se aprecia, según el actual texto del numeral 24.3 del Contrato de Concesión, las modificaciones que se efectúen al mismo no entrarán en vigencia hasta que las partes suscriban la Escritura Pública correspondiente.

b.3 Según lo dispuesto en el artículo 1351° del Código Civil:

*1351° "El contrato es el **acuerdo de dos o mas partes** para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*

Según lo establecido en el artículo 1352° del Código Civil respecto al Perfeccionamiento del Contrato:

"Artículo 1352: Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad."
(El subrayado es nuestro)

b.4 Conforme a la doctrina jurídica el Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concertado, **produce sus efectos (es eficaz)**, o sea crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional.

Es claro pues que, el sólo acuerdo y consentimiento de las partes lleva implícito el perfeccionamiento del contrato, es decir, la entrada en vigencia del mismo, por lo que no se necesita algo más para que el contrato produzca sus efectos.

Jurídicamente la entrada en vigencia de un contrato y por ende, de sus modificaciones sólo puede estar sometida a condiciones suspensivas o a la determinación de su contenido.



En el caso del Contrato de Concesión y sus modificaciones, al existir acuerdos definitivos entre las partes, sus acuerdos son automáticamente vigentes por lo que resulta innecesario imponer adicionalmente un requisito de forma para su entrada en vigencia, como establece el texto actual del numeral 24.3, respecto a la Escritura Pública.

Debemos considerar también que el artículo 1351° del Código Civil sólo considera como excepción, *para el perfeccionamiento del contrato, el que estos deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.*", que no es el caso la del Contrato de Concesión del Ferrocarril Central.

- b.5 La Escritura Pública no es un documento constitutivo, sino un requisito formal para que los Contratos puedan ser inscritos a efectos de la Publicidad Registral,
- b.6 Como es de conocimiento del Concedente, la experiencia respecto a las anteriores Adendas suscritas, ha puesto en evidencia en muchas ocasiones, razones ajenas a la voluntad de las partes, tales como la programación de la toma de firmas con la Notaría respectiva o la dificultad de que éstas coincidan con la disponibilidad de los representantes legales de las partes, han ocasionado demoras, en algunos casos de hasta un mes, que impiden innecesariamente la vigencia de los importantes acuerdos contenidos en una modificación del Contrato de Concesión.
- b.7 En atención a los fundamentos vertidos, solicitamos al Concedente la modificación del numeral 24.3 del Contrato de Concesión, para el cual proponemos como nuevo texto el siguiente:

"24.3 Modificación del Contrato. El Contrato de Concesión puede ser modificado por acuerdo entre las Partes, previa opinión favorable de OSITRAN y opinión de los Acreedores Permitidos en tanto se mantenga cualquier Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado por el



Concedente, lo que deberá realizarse mediante la misma forma con la que se ha documentado este Contrato, con excepción de las actualizaciones del Anexo N° 2 o de la devolución de los Bienes de la Concesión incluidos en el numeral 2.5 del Anexo N° 2 o en el Anexo N° 3. Las modificaciones al Contrato, salvo las excepciones antes señaladas entrarán en vigencia en el momento en que las Partes suscriban la Adenda correspondiente. Los gastos de formalización de la modificación de este Contrato, son de cargo de la Parte que la solicitó.”

En aplicación de la **Cláusula 24.3** del Contrato de Concesión solicitamos al Concedente la modificación del numeral 1.1 de la Cláusula Primera y el numeral 24.3 del Contrato de Concesión, previa opinión favorable de OSITRAN



En cumplimiento de lo establecido por la Resolución N° 058-2006-CD-OSITRAN cumplimos con adjuntar copia del D.N.I. del representante legal, copia de poderes y el sustento correspondiente para las modificaciones propuestas.

Lima, 4 de diciembre de 2009.

Jaime Blanco Ravina
Gerente General
FERROVIAS CENTRAL ANDINA S. A.